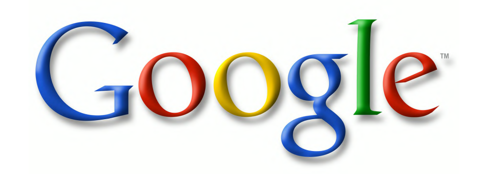
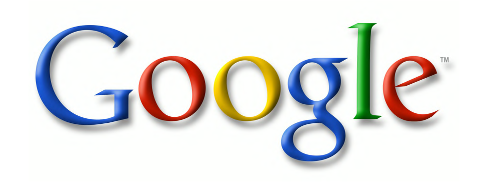
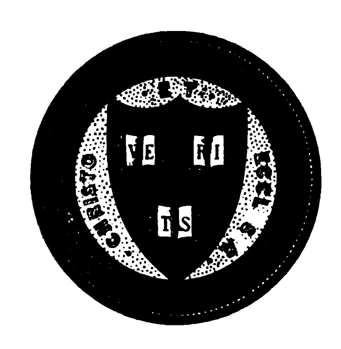







VE RI TAS
CHRISTO ET ECCLESIAE



PRINCIPES

DE

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

PRINCIPES

DE

DROIT INTERNATIONAL

PRIVÉ

PAR

A. PILLET

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

PEDONE
ÉDITEUR
13, rue Soufflot, 13
PARIS

ALLIER FRÈRES
IMPRIMEURS-ÉDITEURS
26, cours de Saint-André, 26
GRENOBLE

1903

Allier Frères,
Grenoble.

PRÉFACE

Deux auteurs du XVIIIe siècle, Boullenois et Froland, qui doivent à une étude attentive de la théorie des statuts la notoriété dont ils jouissent encore aujourd'hui, ont pris la peine de nous dire comment ils furent amenés à écrire leurs ouvrages. Nous tenons d'eux que le legs fait par Me de Riparfont à ses confrères, de sa bibliothèque, fut l'occasion de conférences dans lesquelles furent agitées les plus épineuses d'entre les questions que la contrariété des coutumes avait fait surgir. Cette heureuse libéralité fut la cause de l'éclat dont la théorie des statuts brilla en France au XVIIIe siècle.

J'imiterai l'exemple de ces illustres ancêtres et, pour expliquer à mon tour comment j'ai été conduit à cette entreprise un peu insolite de faire un livre consacré tout entier à la théorie du droit international privé, je rappellerai simplement les circonstances qui m'ont poussé à m'appliquer à ces questions.

Je fus appelé, il y a bon nombre d'années, à enseigner le droit international privé sans y avoir été particulièrement préparé. Il m'eût été difficile alors de dire si j'étais le partisan ou l'adversaire de la doctrine des statuts. La vérité est que j'ignorais à peu près tout d'une science qui n'était comprise que depuis fort peu de temps dans les programmes de

(*)

nos facultés de droit. Je dus donc apprendre en même temps que j'enseignai (cela n'est-il jamais arrivé qu'à moi, peut-être non) et, dès les premiers pas, je me heurtai à une difficulté capitale, qui, hélas, après tant d'années écoulées, n'a pas encore disparu. J'apercevais les questions, je discernais sans trop de peine le fort et le faible des solutions diverses que les auteurs proposaient de leur donner, mais je ne trouvais chez aucun d'eux de raison décisive capable de fixer mon esprit hésitant. Les jurisconsultes qui ont été mes premiers maîtres affirmaient que le droit international privé est bien un véritable droit et nul d'entre eux ne me fournissait la preuve de ce caractère obligatoire qui est le signe du véritable droit. Parmi eux, les uns allaient à la personnalité, les autres à la réalité, le plus grand nombre cherchant, par un sage éclectisme, à tenir la balance égale entre ces deux extrêmes. Ils paraissaient tous très convaincus, mais lorsque j'étudiais de près leurs doctrines j'apercevais, en fin de compte, que les unes pouvaient paraître plus équitables, plus convenables, plus acceptables que les autres, mais que les unes et les autres n'étaient jamais qu'équitables, acceptables, convenables. De certitude on n'en trouvait aucune chez eux. Et je me disais qu'il n'était peut-être pas à propos de blâmer l'ancien système de la *comitas gentium* pour aboutir à une doctrine tout aussi incertaine sous des apparences plus assurées.

La certitude en droit n'atteint pas au degré qu'elle occupe dans les sciences exactes. Le droit spécule sur les faits de la vie réelle et non point sur des abstractions. Or les faits sont éminemment variables, ils subissent des influences sans nombre et il est impossible de créer une loi commune tenant compte de tous

les besoins dont ils révèlent l'existence. Le droit n'est pas cependant livré à une incertitude fatale, même s'il s'agit d'un droit appelé à exercer son autorité sur des peuples indépendants les uns des autres. Les besoins d'une société policée ne varient pas sensiblement avec les climats ; les hommes, de leur côté, montrent sous toutes les latitudes les mêmes tendances, sont sujets aux mêmes passions, souffrent des mêmes nécessités. N'y a-t-il pas dans cette similitude les germes d'un droit commun, et un droit international est-il réduit à des conjectures, alors que l'observation directe lui fournirait une ample moisson de vérités sociales incontestables?

Il est toujours pénible d'avoir à se contenter d'une demi-vérité et la parole du maître, si respectable soit-elle, n'est jamais la caution suffisante de l'exactitude de sa doctrine. Il semble surtout que le devoir de s'instruire personnellement et de ne tenir pour existants que les principes dont on a pu vérifier soi-même le fondement soit particulièrement impérieux pour un professeur. Le professeur est responsable de l'enseignement qu'il donne, il est moralement coupable si, par sa facilité à accepter pour juste ce qui est au plus probable, il accoutume l'esprit impressionnable de ses auditeurs à considérer comme une science une doctrine acceptée par lassitude bien plutôt que par choix et qui est incapable de justifier des fondements premiers sur lesquels on prétend la faire reposer.

Ces idées, ou mieux ces scrupules m'ont conduit à faire une étude attentive des questions fondamentales du droit international privé. Je remarquai, non sans étonnement, que ces problèmes généraux touchant à l'existence de notre science et à ses premiers principes arrêtaient peu d'ordinaire les auteurs, que ceux-

ci se bornaient parfois à quelques indications très vagues à leur sujet, et parfois à des affirmations pures et simples. Ce fut pour moi une raison de plus d'insister sur des questions que l'on ne peut négliger sans laisser planer l'incertitude sur la science tout entière. Il me sembla qu'il y avait là un point de méthode essentiel à bien établir.

J'en ai assez dit pour faire entendre les raisons qui m'ont déterminé à écrire cet ouvrage. Est-il besoin d'ajouter que son élaboration a été lente et pénible et que si c'était vraiment un mérite pour une doctrine d'avoir été remise cent fois sur le métier, je pourrais le revendiquer? Mais il importe peu et nos anciens, par leurs confidences sur la dureté du labeur qu'avait exigé leur œuvre, n'ont jamais excité notre pitié.

Je suis, pour moi, d'autant moins disposé à la réclamer que si ce labeur est ardu, ce qui est vrai, il est fort loin aussi de manquer de charmes. Le droit international privé a au moins une qualité, il n'est pas et ne peut pas être serré dans l'étau d'une législation écrite. Qu'il y perde en précision, c'est certain, mais il y gagne plus encore en élévation. On se lasse vite de disputer sur le sens des travaux préparatoires des articles d'un code et ce n'est point sans quelque ironie que l'on prête aux auteurs d'une loi, praticiens sans grande malice, des opinions profondes sur les questions les plus abstruses du droit. La science de la législation civile est trop souvent compromise par la nécessité de suivre la loi écrite. Cette nécessité ici n'existe plus et, si cet appui constant manque au jurisconsulte, au moins cette barrière ne le retient plus. De même que le mathématicien spécule sur des quantités quelconques que rien ne vient fixer et concentre directement son attention sur les rapports des

nombres entre eux, de même l'internationaliste, négligeant le contenu des diverses lois, considère la loi sous sa forme la plus générale, la loi envisagée comme une institution sociale dont il faut pénétrer la nature et fixer les limites. Aucune branche de la science du droit ne séduit plus facilement celui qui, même par occasion, s'y est adonné.

Un auteur cède aisément à la croyance qu'il n'est personne qui ne puisse tirer profit de la lecture de son livre. J'aurais tort d'entretenir cette illusion ou de la laisser germer chez les autres : aussi, au rebours de l'ordinaire, m'empresserai-je de dire à qui ce livre ne convient pas.

Ce livre n'a pas été écrit pour les praticiens. Bien que j'aie pris le soin de rapprocher de la doctrine les décisions de la jurisprudence (particulièrement de la plus récente) et qu'ainsi il ne se trouve pas dans notre domaine de difficulté pratique de quelque importance qui n'ait sa place dans cet ouvrage, mon but n'a pas été de donner un état complet des décisions judiciaires intéressant la pratique quotidienne des affaires. Parmi ces décisions j'ai retenu celles-là seules qui, engageant les questions de principes, pouvaient aider à mes recherches.

Ce livre n'est pas davantage destiné aux étudiants et, s'il convient à certains d'entre eux, c'est seulement à ceux que des études déjà prolongées ont mis à même de connaître les divers problèmes compris dans le droit international privé. Quant aux autres, qui ont à acquérir d'abord la petite somme de connaissances nécessaire pour triompher de l'épreuve de l'examen, j'ai à peine besoin de leur dire que ce n'est point dans mon ouvrage qu'ils devront aller la chercher. Qu'ils aillent frapper d'abord à d'autres portes : ils

reviendront ensuite à nous, s'il leur plaît d'approfondir davantage les notions qu'ils auront d'abord acquises.

Comme, d'autre part, il est évident que je n'ai point ici la prétention de faire la leçon aux maîtres eux-mêmes, à des collègues dont j'estime fort et dont j'admire parfois la science et l'ingéniosité, on pourrait être tenté de conclure de cette énumération que ce livre, du propre aveu de son auteur, ne convient à personne du tout. Ce serait exagérer, car je pense que ces recherches, qui ne correspondent sans doute à aucun objet pratique déterminé, conviendront bien aux besoins des esprits d'une certaine catégorie. Je le destine et le dédie aux esprits curieux de certitude, à ceux qui pensent ne rien savoir tant qu'ils ne se rendent pas un compte exact des bases sur lesquelles repose leur science, à ceux qui ont inscrit dans leur règlement de vie cette belle maxime familière, paraît-il, à saint Augustin : « Il faut aimer à comprendre. » A ceux-là, praticiens ou théoriciens, maîtres ou élèves, je puis dire que mon livre fournira, non pas la solution définitive et complète des problèmes dont notre science fourmille (ce serait me vanter singulièrement que de le prétendre), mais une considération impartiale et approfondie de ces problèmes, une méthode qui peut revendiquer au moins une qualité, celle de rendre compte de tout ce qu'elle admet, depuis ses origines les plus lointaines jusqu'à ses dernières conséquences. Et si ceux-là ont souffert, comme j'ai souffert moi-même, de cette imprécision des premiers principes qui rend obscure et conjecturale la science tout entière, ils jugeront, je l'espère, que mes longs efforts n'ont point été entièrement inutiles.

La première qualité de la science est la probité, et chez un auteur la probité consiste d'abord à ne rien celer à ses lecteurs des incertitudes qui l'assiègent. Aussi, étant résolu à faire, avant tout, un livre de bonne foi, j'ai observé avec soin de ne leur présenter comme certains que les principes dont j'ai pu leur fournir la justification. Ces principes ne sont pas très nombreux, je le reconnais tout le premier ; pour le reste je n'ai pu que leur faire la confidence de mes hésitations. J'ai dit ce que je sais et je vois bien que je suis loin de tout savoir.

Ces incertitudes sont, pour une part, le résultat des conditions de fait dans lesquelles se meut notre science et l'on espérerait vainement les voir disparaître. Mais elles diminueront progressivement, cela est sûr, car elles sont, pour une part aussi, l'effet de l'infirmité d'esprit de chacun. Je ne doute pas que sur beaucoup de points où je n'ai pu parvenir à me former une conviction complète, d'autres, plus avisés et plus heureux, apportent la lumière qui fera reculer de plus en plus les ombres qui pèsent sur notre science. L'essentiel est que l'on accorde aux notions fondamentales sur lesquelles elle repose toute l'attention qu'elles méritent.

Il est d'usage qu'un auteur paye un juste tribut de reconnaissance à ceux qui l'ont précédé dans la carrière. J'aurais trop à faire s'il me fallait énumérer ici tous ceux dont les travaux m'ont été précieux au cours de ces études. Qu'il me suffise de citer ici, parmi ceux à qui je dois le plus, mon savant collègue Lainé, dont l'*Introduction au droit international privé* m'a rendu d'inappréciables services ; de Bar et sa si profondément intelligente *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts ;* Dicey, dont les ouvrages

nous aident puissamment à connaître la jurisprudence anglo-américaine.

Je dois aussi un remerciement particulier à M. Adrien Roux, docteur en droit, dont le zèle et la complaisance m'ont permis de publier un ouvrage dont j'ai cru longtemps que je ne verrais jamais la fin.

PREMIÈRE PARTIE

NOTIONS GÉNÉRALES

CHAPITRE PREMIER

Introduction.

1. Le droit, science de vie. — 2. Pénétration réciproque des peuples dans les temps modernes. — 3. Droit nouveau correspondant à ce récent état de choses. — 4. Constitution de ce droit. — 5. Science des limites locales de l'empire des règles du droit. — 6. Son utilité; établissement de la certitude du droit privé dans les relations internationales. — 7. But de cet ouvrage; recherche des principes directeurs du droit international privé. — 8. Ils sont fournis par les faits sociaux.

1) Voué à la réglementation des relations sociales, le droit voit sa forme et son esprit liés dans une large mesure aux altérations que ces relations elles-mêmes sont successivement appelées à subir. Non pas sans doute qu'il n'ait en lui rien de fixe et que la définition de ses préceptes soit purement une question de circonstances et d'occasion. Toute bonne législation doit être pénétrée de l'esprit de justice,

et l'esprit de justice ne varie pas [1]. En dépit des grands changements qui se sont opérés dans les conditions sociales et dans les mœurs, les écrits des philosophes anciens n'ont rien perdu de leur actualité, le droit romain a été la souche commune sur laquelle se sont greffées nos lois modernes, et s'il faut un exemple plus précis encore, le célèbre Grotius, dont l'intelligence s'alimentait principalement au commerce de penseurs antérieurs de dix siècles au moins à son époque, a puisé dans leurs écrits la substance d'un ouvrage qui a fondé le droit des gens et qui, de nos jours encore, est un auxiliaire indispensable à quiconque prétend faire des problèmes internationaux l'objet de ses spéculations.

Il est vrai cependant que les conditions extérieures dans lesquelles le droit est appelé à faire sentir son action sociale exercent une influence marquée sur la forme et sur la portée de ses prescriptions. Sans doute celles-ci ne seront jamais autre chose que la traduction de ces grandes idées de probité, d'égalité, de respect de la personnalité humaine qui forment les éléments de cette indéfinissable notion de la justice, mais la langue de cette traduction variera. Le droit est avant tout une science de vie, une

[1] Il est certain que le droit n'est pas un produit de la pure raison. Ceux qui, suivant d'une façon trop servile les traces de Montesquieu, ne veulent y voir que le simple produit de la nature des choses méconnaissent un phénomène certain. Le droit ne vaut que comme réalisation sociale de l'idée de justice et l'idée de justice relève de la conscience plus que de la raison. Or l'idée de justice, si elle a quelque chose de subjectif et de variable, a aussi quelque chose d'universel et de commun. C'est même cette conception commune de la justice qui rend possible l'existence et le fonctionnement d'un droit positif soit dans le sein de l'État, soit dans la société internationale Les leçons tirées de la seule raison ne bénéficient pas ainsi d'un assentiment universel. Il ne faut pas oublier, en outre, que l'idée de justice s'éveille très nette chez l'enfant alors que sa raison n'est point encore éclairée. L'idée de justice est plus profondément inhérente à la nature de l'homme que la raison. Les révélations de la raison se prêtent à des définitions, les intuitions de la conscience ne s'y prêtent point et cependant elles ont un rôle nécessaire dans l'organisation des rapports des hommes entre eux (Cf. Ahrens, *Cours de droit naturel*, ch. II, § 2, 4ᵉ éd., pp. 155 et suiv.).

science sociale. La société attend de lui qu'il accomplisse son œuvre de paix et de progrès, il faut qu'il se conforme aux besoins de cette société, qu'il serve ses intérêts, qu'il la suive dans ses développements successifs ; à cette condition seront subordonnées l'efficacité de son action et la légitimité de son empire.

2) Parmi les transformations auxquelles notre époque a assisté, aucune n'a été plus radicale ni plus féconde que celle des moyens de communication entre les hommes. Une connaissance plus approfondie des propriétés physiques des corps, un bonheur dans l'invention qui ne s'était pas encore rencontré ont contribué à réaliser ce qui était jugé autrefois supérieur aux forces humaines, à rendre quotidiens des déplacements jadis rares et d'un grand prix. Il en est résulté une pénétration réciproque des peuples dont l'antiquité ne nous offre pas d'exemple, et bien plus encore, quoique ce phénomène soit moins visible et moins frappant, une multiplication inouïe des échanges internationaux. Savons-nous, lorsque nous achetons sur un marché public le moindre objet manufacturé, quels produits de quels pays en ont fourni la matière, quelles mains dans quels climats ont travaillé à sa fabrication? Nous ne réfléchissons pas que chaque moment distinct dans la production de cette bagatelle a été marqué par une opération juridique, qu'il en a fallu d'autres, toutes différentes, pour l'amener sur ce marché où elle a frappé nos yeux, et que si quelque curiosité nous poussait à refaire en sens inverse la marche qu'elle a dû accomplir pour nous parvenir, nous découvririons probablement que cet objet, d'une valeur de quelques sous, a pu être l'occasion de rapports juridiques embrassant la plus grande partie du monde connu.

Le commerce au sens étroit du mot, le désir de s'instruire en voyageant, la simple fantaisie ou l'ennui ne sont pas les seules causes de cette pénétration réciproque des peuples qui reste la caractéristique de notre époque. Il faut compter encore, et pour une forte part, l'émigration, cet

abandon du sol natal, sans perspective assurée sinon sans espérance de retour, phénomène si fréquent qu'il constitue pour certains États de l'ancien monde une cause de déperdition de forces inquiétante, tandis qu'il aboutit à former dans le sein des nations habitant le nouveau des groupes importants de personnes étrangères par leur origine, par leurs mœurs, par leurs lois. L'émigration est la source nécessaire de quantité de rapports internationaux. Il faut compter aussi l'annexion, et l'on sait quel rôle considérable ce facteur a joué dans la vie politique du XIX[e] siècle.

A la différence des événements que nous avons cités, l'annexion n'engendre pas des rapports de juxtaposition mais des rapports de succession. Le passage d'une population d'une nation à une autre occasionne des conflits nombreux entre les deux souverainetés auxquelles elle a été successivement assujettie. Ce sont encore des rapports internationaux qui les font naître, et ils sont nombreux. Nous devons mentionner enfin comme dernière cause de rapports de ce genre cette soif d'agrandissement et de découvertes qui a entraîné, dans la dernière partie du dernier siècle, la plupart des nations à la recherche de territoires nouveaux. Cette fièvre d'exploration a généralement pour résultat de faire vivre sur un même sol, dont la condition juridique n'est souvent pas même bien déterminée, des hommes de toute provenance dont les relations, par la force des choses, seront des relations internationales.

3) A cet état de choses nouveau, et en contradiction absolue avec les habitudes anciennes, un droit nouveau ne pouvait pas manquer de correspondre. Nous ne parlons pas ici des coutumes et des lois nouvelles dont cette transformation a déterminé l'introduction dans le droit public international, telles que, par exemple, les règles internationales de l'émigration, de la navigation, de l'occupation des erritoires sans maître, ou encore celles qui sont relatives aux conditions et aux effets de l'annexion. Nous parlons

du pur droit privé, de la législation destinée à réglementer les actions des simples particuliers et à sanctionner les rapports qu'ils nouent quotidiennement entre eux. Sur ce terrain qui est le nôtre il est facile d'apercevoir que ce commerce international dont nous constatons l'intensité serait impossible s'il n'existait pas un droit ayant pour objet et pour effet de favoriser l'extension internationale de l'activité humaine[1]. Irait-on à l'étranger si l'on n'était pas sûr d'y jouir de la sécurité de sa personne et de la propriété de ses biens ? Émigrerait-on si l'on était exposé à se trouver exclu de la protection du droit, si, comme autrefois dans certaines coutumes, l'air rendait esclave? Et inversement qui oserait entrer en rapports avec des étrangers si l'on ne savait que l'on peut acquérir contre

[1] Brocher, *Les Principes naturels du droit international privé*, *R. D. I.*, 1871, p. 413, et Lorimer, *R. D. I*, 1878, pp. 339 et suiv. Dans une étude antérieure (*le Droit international privé, sa définition*, etc., Cl. 1893, p. 9,) nous avons dit que la continuité des rapports internationaux a donné naissance « à une véritable société internationale qui se superpose dans chaque pays à la société nationale sans la faire disparaître ». M. Kahn (*Ueber Inhalt, Natur und Methode des internationalen Privatrechts*, p. 9, n. 2) considère cette conception comme fantastique. Nous ne la maintenons pas moins. Qu'est-ce, en effet, qu'une société sinon un groupe d'hommes dans le sein duquel des rapports continus ont engendré une certaine communauté d'intérêts et par là une certaine communauté d'existence? Considérer le droit comme le produit de l'activité législative est un procédé purement formel, étroit et dépourvu de toute valeur philosophique. Le droit est le produit direct de la sociabilité. On le retrouve dans toutes les sociétés (et non pas seulement dans les sociétés organisées), même dans celles qui n'ont qu'une existence fortuite et passagère. Voilà pourquoi il est légitime, quoi qu'on en ait dit, de parler de la communauté internationale de ses intérêts et de ses droits. La communauté internationale n'est pas seulement une expression ou, comme le prétend M. Esmein (*Droit constitutionnel*, 3e éd., p. 29), un courant d'opinion (?), c'est un fait et un fait générateur de droit. Cf. de Mohl, *die Pflege der int. Gemeinschaft*, pp. 582 et suiv.

Le défaut d'organisation de cette communauté pourra mettre obstacle à la régularité désirable dans l'application du droit, mais il ne l'empêchera pas d'exister à titre de conséquence nécessaire de l'existence de cette communauté. Cf. Kamarowsky, *Relations entre le droit international et les autres branches de la jurisprudence* dans la *R. D. I.*, 1875, pp. 1 et suiv., et Rolin, *Science et conscience du droit*, *R. D. I.*, 1887, pp. 433 et suiv. V. aussi Renault, *Introduction à l'étude du droit international*.

eux toute l'autorité que le droit donne à celui qui se conforme à ses prescriptions ?

Reprenons à ce point de vue l'exemple que nous donnions tout à l'heure. L'industriel qui a entrepris de fabriquer le petit objet que j'ai acquis a dû se procurer les éléments dont il se compose, la matière première, les couleurs, l'enveloppe. Par lui-même ou par des intermédiaires il est allé chercher très loin ces divers éléments. Il lui aurait été impossible de se les procurer s'il n'avait pas été certain d'obliger le producteur à les lui livrer et s'il n'avait pas pu user à l'occasion contre lui des moyens que fournit le droit contre le débiteur récalcitrant ; de son côté, celui-ci n'aurait pas accepté un pareil contrat s'il avait pu craindre que le fait d'avoir expédié sa marchandise à l'étranger dût le priver du droit d'exiger, le cas échéant, le paiement du prix stipulé. Il y a plus, et l'auteur de la commande a dû avoir encore des garanties juridiques contre le transporteur. Il ne pouvait pas être à sa merci parce que celui-ci était étranger, il n'eût pas contracté s'il eût dû subir cette nécessité. Les exemples abondent et il est facile d'en trouver de plus importants que celui que nous avons choisi. Il suffit pour s'en convaincre de réfléchir que les relations les plus importantes pour la personne, le mariage, la constitution de la famille, la propriété, peuvent, elles aussi, devenir internationales. Accepterait-on, même un instant, l'idée qu'elles peuvent être placées hors du domaine du droit ?

Et, en effet, des conséquences monstrueuses se produiraient si les divers États vivaient, au point de vue du droit, sous le régime de la séparation absolue. Un étranger, un homme n'appartenant pas à la communauté locale devrait être destitué de tout droit [1], il n'y aurait pas de relation

[1] C'est le phénomène qui paraît avoir existé dans les civilisations très anciennes et auquel les mœurs remédièrent jusqu'à un certain point par la pratique de l'hospitalité. Il n'a pu se produire que dans des communautés assez primitives pour ne point ressentir le besoin de relations extérieures. On en retrouve de nos jours un reste dans la haine dont

juridique possible, d'un pays à un autre pays, un droit acquis dans les limites d'un État serait fatalement paralysé et impuissant une fois ces limites franchies, en pleine mer et sur les territoires qui n'appartiennent à personne il n'y aurait pas d'autre loi que celle de la force brutale. Aucun commerce international ne serait possible parce qu'il n'existerait aucune sécurité internationale [1].

Il faut donc, il faut de toute nécessité une communauté juridique internationale, il faut une formule juridique commune, qui sera la loi de cette société internationale d'ordre privé que la pratique du commerce entre nations a constituée. Cette loi sera le droit international privé et nous le définirons la science qui a pour objet la réglementation juridique des rapports internationaux d'ordre privé [2].

l'étranger est poursuivi chez les peuples restés le plus longtemps en dehors du commerce international. Mais on observera aussi dans l'histoire de la condition des étrangers qu'il n'y a aucune époque et aucun droit où l'on ne rencontre certaines institutions favorables aux étrangers (proxénie, hospitalité, etc.). C'est que dans tous les temps la nécessité d'un commerce international a été reconnue.

[1] Cf. Dicey, *A Digest of the law of England with reference to the conflict of laws*, Introduction, p. 9.

[2] Cette définition sera élucidée et complétée par les développements contenus au prochain chapitre. Donnons à titre de curiosité quelques définitions empruntées à des auteurs modernes: Fœlix, Le droit international privé est l'ensemble des règles d'après lesquelles se jugent les conflits entre le droit privé des diverses nations; Fiore, Le droit international privé est la science qui établit les principes pour résoudre les conflits de législation et pour régler les rapports réciproques des sujets des États divers ; Asser, On appelle droit international privé l'ensemble des principes qui déterminent quelle loi est applicable soit aux relations juridiques entre personnes appartenant à des États ou territoires différents, soit aux actes faits en pays étrangers, soit enfin dans tous les cas où il est question d'appliquer la loi d'un État dans le territoire d'un autre État; Westlake, *Private international law is that department of national law which arises from the fact that there are in the world different territorial jurisdictions possessing different laws ;* Lainé, Le droit international privé peut être défini le droit qui règle les rapports des États au sujet du conflit de leurs lois; de Bar, *Das internationale Privatrecht bestimmt die Competenz der Gesetzgebung und der Organe (Gerichte, Behoerden) der einzelnen Staaten für die privaten Rechtsverhaeltnisse ;* Rolin (qui fournit une bonne critique des diverses définitions proposées), Le droit international privé pourrait être défini l'ensemble

4) Cette loi, comment arrivera-t-on à la constituer? Le problème est compliqué et sa difficulté justement célèbre. Il ne faut pas songer à imposer aux peuples une loi commune au lieu et place des législations diverses qui les régissent actuellement. Il n'existe pas d'autorité supérieure et unique qui puisse accomplir cette tâche, et, si l'on entreprenait d'obtenir de la persuasion un résultat que la force ne peut pas procurer, on échouerait par cette double raison qu'une même loi ne peut pas convenir à tous les pays et qu'un État ne saurait accepter l'autorité d'une législation commune, si bonne fût-elle, sans renoncer par là même au droit d'améliorer sa législation, ce qui constituerait de sa part l'abandon de son devoir essentiel, une véritable désertion[1].

Il serait tout aussi téméraire d'espérer déterminer les États à souscrire à l'établissement d'une doctrine commune qui, dans chaque État, se superposerait à la loi nationale et réglerait les rapports privés entretenus avec l'étranger, de même que dans l'empire romain le *jus gentium* fut employé à régir les relations entre citoyens et pérégrins. Cette espé-

des règles qui définissent les droits des étrangers et la compétence respective des législations des divers États en ce qui concerne les rapports de droit privé; Jitta, *Méthode* (pp. 45 et 51 combinées), Le droit international privé est la face ou modalité du droit privé qui doit soumettre les relations sociales entre les individus aux règles juridiques qui conviennent à leur nature; Weiss, Le droit international privé est l'ensemble des règles applicables à la solution des conflits qui peuvent surgir entre deux souverainetés à l'occasion de leurs lois privées respectives ou des intérêts privés de leurs nationaux; Surville et Arthuys, Le droit international privé est le droit qui détermine le domaine respectif des lois civiles des divers pays, quand elles se trouvent en conflit à l'occasion d'un acte quelconque; Dicey, *He (the writer) will himself remember and vill attempt to impress upon his readers that these names are nothing more than convenient marks by which to denote the rules maintained by the Courts of a given country, as to the selection of the system of law which is to be applied to the decision of cases that contain, or may contain foreign element, and also the rules maintained by the Courts of a given country, as to the limits of the jurisdiction to be exercised by its own Courts as a whole, er by foreign Courts.* Les tendances des diverses écoles se font déjà suffisamment reconnaître dans ces définitions.

[1] Cf. de Mohl, *Die Pflege der internat. Gemeinschaft*, etc., p. 603.

rance pourtant est moins chimérique, et même dans un certain domaine, celui des relations commerciales et économiques, elle a déjà été en partie réalisée. C'est ainsi que de grands traités, plus connus sous le nom d'Unions, assujettissent, chacun pour son objet particulier (postes, télégraphes, monnaies, chemins de fer, propriété industrielle, propriété littéraire et artistique), un grand nombre d'États à un régime commun. Qu'un mouvement se soit produit en ce sens, cela est certain, mais il n'est point assez avancé encore pour permettre d'augurer qu'il puisse aboutir à créer une législation complète, ce succès n'est pas même fort souhaitable, car on pourrait craindre qu'une innovation aussi considérable ne fût de peu de durée. En général, chaque peuple tient à garder ses institutions particulières et les nécessités internationales les plus pressantes ne changeront rien à son sentiment sur ce point.

Que l'on remarque ici combien la tâche du droit international privé est plus ardue que celle du droit international public. On peut dire qu'il y a entre eux toute la différence qui sépare la marche sur un terrain libre de celle qui se pratique sur un sol hérissé d'obstacles. L'édification d'un droit des gens ne rencontre pas d'empêchements dans la législation intérieure des pays qu'il régira. Le droit intérieur ne s'occupe pas des rapports des nations entre elles ; au contraire, il s'occupe des rapports des particuliers entre eux et, lorsque ces rapports, par les conditions de leur établissement, deviennent internationaux, il est impossible de faire abstraction de la réglementation qu'ils ont reçue dans les lois intérieures des États intéressés.

La législation de chaque État renferme quantité de dispositions relatives aux rapports des particuliers entre eux. C'est ce qu'on appelle proprement le droit civil de la nation. Fort peu de ces dispositions sont consacrées aux rapports entre sujets d'États différents.

Quelques dispositons sur les droits accordés aux étrangers et sur les charges particulières qui les frappent, quelques articles sur les lois régissant les Français à l'étranger,

c'est tout ce qu'on trouve dans notre code civil et, si les recueils plus récents sont aussi un peu moins incomplets, il demeure vrai qu'aucun d'entre eux n'offre un ensemble de dispositions assez large pour servir de base à toute une série de rapports qui se présentent dans les domaines les plus divers du droit privé[1].

A défaut d'une loi commune unique ou superposée au droit civil de chaque nation, il faut (c'est la dernière solution la seule possible, la seule tentée en fait) adopter entre les lois des différents peuples un système de combinaison rationnelle qui assure à chacune d'entre elles la part d'influence et l'étendue d'application qu'il est légitime de lui laisser[2]. Telle est la communauté de droit privé que

[1] Il est à remarquer que les diverses compilations écrites dans le courant du XIX[e] siècle s'inspirèrent d'un esprit de plus en plus ouvert aux nécessités internationales. Hamaker *(Das internationale Privatrecht, seine Ursachen und Ziele)* fait ressortir d'une comparaison établie entre les codes civils français (1804), hollandais (1838) et italien (1866), combien le point de vue adopté par ces divers législateurs s'est élevé avec le progrès du temps. L'article 11 du code français est une œuvre de défiance pure ; l'art. 9 du code civil néerlandais s'élève à l'idée d'égalité non sans faire certaines réserves; l'art. 3 du code italien se rallie franchement et sans arrière-pensée à cette idée.

L'opposition n'est pas moins sensible dans les lois consacrées à la solution des conflits que dans la matière de la condition des étrangers. Le code de 1804 s'occupe surtout des Français à l'étranger (art. 3, § 3, 47, 170, 999), et s'il considère parfois les étrangers qui sont en France (art. 3, §§ 1 et 2) c'est lorsqu'il s'agit de leur appliquer la loi française ; la loi néerlandaise du 15 mai 1829, un peu plus explicite, n'est pas conçue dans un esprit différent. (Cf. Jitta, *La Méthode du droit international privé*, pp. 292 et suiv.) ; le code civil italien (Introd., art. 6-12), au contraire, est conçu en termes généraux et vraiment internationaux. Il est intéressant d'observer que le code italien a exercé la plus grande influence sur le code civil espagnol de 1888 et sur les projets de revision du code belge. La loi d'introduction du nouveau code civil allemand est moins nette dans ses dispositions touchant au droit international privé (sect. I). Elle parait le fruit d'une transaction entre le point de vue international général et un point de vue strictement germanique. Il est à craindre qu'elle ne donne lieu à de très nombreuses difficultés d'interprétation.

[2] « Cette combinaison, dit fort bien Charles Brocher, doit se faire de « telle sorte que l'activité sociale puisse, dans une certaine mesure tout « au moins, se déployer sur le vaste échiquier du monde avec la même « liberté et la même sécurité que si elle se renfermait dans les frontières

l'on peut établir entre les nations, communauté qui n'est point sans doute absolument parfaite, mais qui représente dans ce domaine le plus grand effet auquel le droit puisse atteindre[1]. Cette communauté consistera à accorder dans chaque pays aux étrangers une somme de droits suffisante pour leur permettre de jouir pleinement et librement des bienfaits du commerce international, elle tracera aux conflits des principes de solution rationnels justes, propres à jouir en tout pays d'une autorité indiscutée, elle accordera à chacun la garantie des droits qu'il peut avoir acquis, dans le domaine des relations internationales. Sans doute l'empire du droit intérieur est plus fort et son action plus complète, mais il faut savoir se résigner à faire du droit international privé une science imparfaite si l'on veut qu'elle soit effective et respectueuse de la part d'indépendance qui appartient à chaque État en matière de législation.

5) Depuis que ce problème a été posé, nombreuses ont été les formules successivement proposées pour le résoudre. Les premiers parmi les jurisconsultes qui s'y adonnèrent vivaient à une époque où l'autorité du droit romain, ravivée par les travaux de l'école de Bologne, était universelle et incontestée. Ils eurent recours à cette panacée pour résoudre les conflits que faisaient naître les rapports entre habitants de cités voisines[2]. Le remède était pu-

« d'un seul État. » (*Théorie du droit international privé* dans la *R. D. I.*, 1871, p. 415.) Cf. Asser, *Droit international privé et droit uniforme* dans la *R. D. I.*, 1880, p. 3.

[1] Il est important de bien définir ce que l'on entend par communauté de droit dans notre science, car il arrive souvent que l'on emploie cette expression sans préciser suffisamment sa signification. Je n'ai jamais bien compris, pour ma part, quel est le sens de cette communauté de droit dont il est question dans l'œuvre de Savigny (*Droit romain*, t. VII, pp. 30 et suiv.) et comment elle tend nécessairement à identifier les deux cas de collision qu'il distingue.

[2] On peut être étonné de la persistance des idées anciennes sur ce point. Savigny et Phillimore considèrent encore le droit romain comme une source appréciable de droit international privé (Savigny, *Droit ro-*

rement empirique et ne tarda pas à trahir son insuffisance. La fameuse théorie des statuts qui substitua son autorité à celle du droit romain était également empirique : elle n'a pas laissé cependant que de jouir pendant deux siècles d'une faveur générale, faveur qu'elle est loin d'avoir entièrement perdue à notre époque. C'est seulement au XIX[e] siècle que l'on a cherché à donner une solution rationnelle aux problèmes de notre ressort. Les travaux de l'école allemande ont surtout été remarquables à cet égard et les noms de Schaeffner, de Waechter, de Savigny, de Brocher, de de Bar, pour ne citer que les plus connus, ont le droit d'être honorés comme ceux des fondateurs et des plus illustres représentants de cette école aux progrès de laquelle il semble bien que l'avenir de notre science soit dorénavant lié. Parmi les esprits originaux qui ont réussi à se frayer leurs voies dans ce dédale on ne peut pas omettre Mancini, le chef de cette fameuse école italienne qui paraît exercer sur la législation actuelle une influence prépondérante et compte de nos jours un grand nombre d'adeptes parmi les jurisconsultes les plus honorablement connus.

Pour ces maîtres, pour tous ceux qui cherchent à édifier sur des considérations rationnelles un système de droit international privé, les termes du problème sont ceux que nous avons définis. Il s'agit de trouver entre les lois positives des divers pays une formule de conciliation qui réserve à chacune d'elles sa part légitime d'influence dans la réglementation des questions internationales d'ordre

main, trad. Guenoux, t. VIII, p. 9; Phillimore, *Commentaries upon international law*, t. IV, p. 5, n. (*r*). On sait cependant (Waechter l'a bien démontré) qu'il est impossible de trouver dans la compilation de Justinien un seul texte qui se réfère certainement à la solution d'une question de droit international privé. On s'explique, du reste, très bien ce phénomène. Un État ne se préoccupe de l'influence qu'il convient d'accorder sur son territoire aux lois d'un État étranger qu'autant qu'il considère ce dernier comme son égal en souveraineté. Ce point de vue était étranger aux Romains *(tu regere imperio populos, Romane, memento)*, il le fut en général à tous les empires de l'antiquité. C'est pour la même raison qu'à part quelques règles indispensables, l'antiquité n'a pas eu davantage de droit des gens.

privé que la pratique fait surgir. Si l'expression de mécanique juridique était usitée, nous dirions volontiers que nous sommes en présence d'un problème de mécanique juridique tendant à réunir dans une direction commune les forces divergentes des législations des divers peuples. En se plaçant à ce point de vue, on a appelé notre discipline la science des limites locales de l'empire des règles du droit[1]. C'est un terme très expressif sinon absolument juste. Savigny a eu raison de rapprocher les problèmes que fait naître le conflit des lois dans l'espace de ceux qui se rattachent au conflit des lois dans le temps. Lorsque dans un seul et même pays une loi nouvelle succède à une loi ancienne, une question assez analogue à la nôtre ne manque pas de se poser. Où s'arrêtent les effets de la loi ancienne, à quel moment commencent ceux de la loi nouvelle? C'est aussi une question d'effet de la loi dont on ira quelquefois chercher la solution dans des considérations semblables à celles qui servent à résoudre les conflits de lois. Il arrive même parfois, dans la matière de l'annexion par exemple, que ces deux ordres de question,

[1] C'est l'expression employée par Savigny (*Traité*, t. VIII, tr. fr. p. 9). Du reste la question de la dénomination à donner à notre science fait elle-même difficulté et plusieurs sont mécontents de l'expression usuelle de droit international privé parce qu'elle paraît impliquer pour notre discipline le droit à être considérée comme une partie intégrante du droit international, ou parce qu'il paraît exister une contradiction entre les deux qualificatifs que ce titre réunit (V. sur ce point Kahn, *Ueber Inhalt, Natur und Methode des internationalen Privatrechts*, pp. 1 et suiv., et Dicey, *Conflict of Laws*, Introd., p. 12). Nous considérons ce débat comme de peu d'importance. Lorsqu'une expression est reçue depuis longtemps et que chacun sait quels problèmes elle recouvre, il importe assez peu qu'au point de vue de la parfaite exactitude des termes elle prête à discussion. Il est à observer de plus que les substituts qu'on prétend lui donner sont plus reprochables encore. On parle de conflits ou de collisions de lois, de droit civil international, de reconnaissance internationale des droits, de droits de l'étranger, etc. Tous ces termes sont trop étroits et correspondent mal à l'ampleur de notre science. Quant à la prétention de Cimbali de réserver l'expression de droit international privé aux seuls rapports privés des États entre eux elle est tout à fait anormale et injustifiée (Cf. Kahn, *loc. cit.*).

apparaissent si intimement unis l'un à l'autre qu'il devient assez difficile de les distinguer.

6) Nous pensons en avoir dit assez pour donner une idée exacte, bien que sommaire et tout à fait générale, de la nature des problèmes compris dans notre science, essayons de déterminer maintenant les services qu'elle est appelée à rendre. Elle est destinée, avons-nous dit, à étendre l'action du droit aux relations internationales qui sans elle seraient privées de son secours. En quoi consiste précisément cette action, ce secours? Si je ne me trompe, le bienfait du droit consiste en ce qu'il contient à la fois une direction et une garantie[1]. Une direction : le droit indique à l'homme les formalités et, en général, les conditions quelconques qu'il doit remplir pour placer sa personne, ses biens, ses actes, sous la protection de la loi. En ce sens le droit est l'ensemble des restrictions que les exigences sociales posent à la liberté de l'homme. Une garantie : la direction indiquée étant supposée suivie, les conditions requises étant remplies, le droit garantit au particulier l'assistance du pouvoir social à l'appui des prétentions qu'il peut élever contre ceux qui ont formé des rapports avec lui. Telle doit être aussi la double fonction de notre droit quant aux relations internationales d'ordre privé. Il fournira une direction en indiquant dans chaque

[1] Les philosophes attribuent volontiers au droit un but de perfectionnement de la nature humaine. L'étymologie du mot les y autorise. Nous avons pour lui des ambitions moins hautes et croyons que le perfectionnement de la nature humaine doit être attendu bien plutôt de l'usage que fait l'homme de ses facultés. Ce n'est pas que le droit ne puisse concourir à l'obtention de ce résultat, mais à ce point de vue même il nous semble que son influence n'est pas à mettre en parallèle avec celle des idées religieuses ou morales. Nous insistons au texte sur cette idée que le droit comporte essentiellement une garantie. On l'oublie trop souvent. Le droit simple élément de direction n'aurait qu'une influence sociale fort incertaine parce qu'il n'a pas de racines assez profondes : c'est parce qu'il renferme une garantie que le souverain lui-même s'oblige à maintenir, qu'il est la science sociale par excellence. Cf. Ahrens, *Le droit naturel*, ch. II, § 3, 4e éd., pp. 162 et suiv.

cas aux intéressés la voie à suivre pour conquérir une situation juridique régulière, il s'acquittera de ce devoir en leur fournissant, à défaut d'une législation unique, bonne pour toutes les hypothèses de relations internationales (nous savons que cela est impossible), des formules qui leur montrent dans chaque cas quelle condition légale est la leur et à quelles exigences juridiques ils devront se soumettre pour acquérir un droit inattaquable[1]. Il leur assurera une garantie internationale de leurs droits en assurant à leurs prétentions légitimes un respect égal dans tous les États qui composent la communauté internationale.

Il leur procurera ainsi la certitude du droit. On ne saurait attribuer un trop grand prix à la certitude du droit. A qui veut réfléchir un instant, il apparaîtra que s'il importe à un peuple d'avoir de bonnes lois, il lui importe autant et peut-être plus encore d'avoir des lois fixes et connues de tous. Dans le domaine de la législation intérieure, l'usage de la codification et l'institution d'une cour suprême chargée d'assurer l'unité de la jurisprudence répondent à ce besoin. Y répond également ce principe de la non-rétroactivité des lois qu'aucune bonne législation ne saurait écarter. On peut dire, sans exagération aucune, que le droit international privé a pour premier objet d'établir la certitude du droit privé dans les relations internationales. Ce seul objet ne suffit pas à faire décider quel il doit être, mais il nous autorisera à rejeter comme insuffisantes toutes les solutions du problème qui ne procureraient pas cette certitude. Nous aurons mainte occasion de faire retour à ce besoin de certitude dans le courant de nos recherches.

[1] « Le droit règle de notre action et de notre inaction ne nous régit « point comme une fatalité dont nous ne pourrions ni prévoir ni dé- « tourner les coups. S'il en était ainsi, il n'atteindrait pas son but, ce ne « serait point une règle, car ne sachant que faire pour le tourner à notre « avantage, nous agirions comme s'il n'existait pas, attendant patiem- « ment le sort qui nous serait réservé. » (Hamaker, *Das internationale Privatrecht, seine Ursachen und Ziele*, p. 15).

La certitude du droit ne sera obtenue qu'à certaines conditions dont nous retiendrons une seule pour le moment. Il faut que le droit international privé repose sur certains principes fixes, inébranlables, reconnus par tous les juges, ouverts à tous les intéressés. On nous raconte que dans le très ancien droit romain les pontifes s'étaient réservés la connaissance exclusive des formules d'actions, y voyant un sûr instrument de domination sur les citoyens. Tout procédé de ce genre doit être banni de notre science. Il faut que le moindre citoyen du moindre État puisse connaître les principes de droit qui régissent les relations internationales d'ordre privé. Il n'aura un véritable droit qu'autant que ce droit sera assez fixe et assez général pour être universellement connu.

Cela seul indique assez le rôle que la doctrine est appelée à jouer dans notre science. L'établissement de règles fixes de droit international privé suppose une connaissance exacte des rapports qu'elles sont appelées à dominer. Le droit, on le sait, n'est pas une création arbitraire de l'esprit ou de la volonté, il est bien plutôt (bien que non exclusivement) une résultante des rapports qui lui sont soumis. C'est la nécessité de ces rapports, c'est la nature des intérêts auxquels ils correspondent, c'est l'analyse des satisfactions qu'ils viennent donner à ces intérêts qui impriment au droit son caractère et le sens de son action. Le droit est un représentant bien plus qu'un maître et, si cette dernière qualification peut lui être donnée, c'est que, dégageant les traits communs de l'institution des particularités de chaque espèce, il peut s'imposer au nom de la supériorité que possèdent les intérêts généraux sur les intérêts particuliers.

C'est donc une analyse exacte des rapports internationaux que requiert avant tout l'œuvre de la constitution d'un droit international privé et il apparaît que c'est bien là la tâche de la doctrine. Même on peut dire que nulle part il n'est aussi nécessaire que l'élaboration formelle et positive du droit soit précédée de son élaboration doctri-

nale. Un législateur faisant une loi, des négociateurs préparant un traité essaieront fatalement d'assurer une supériorité quelconque aux institutions et aux lois de leur pays[1]. C'est chez eux une tendance naturelle; ils y résisteront d'autant moins qu'ils peuvent se figurer qu'en y cédant ils font leur devoir. Et ainsi leur œuvre, jugée trop favorable à un pays, ne pourra pas être acceptée par les autres; ce ne sera pas une œuvre internationale et le but social de notre science sera manqué. On ne peut éviter ce mal que par une étude scientifique préalable. La science est seule assez indépendante pour chercher la vérité sans autre préoccupation; seule elle peut adopter un point de vue assez élevé pour engendrer une doctrine qui convienne également à tous.

Cette grande tâche occupe depuis longtemps les jurisconsultes. Ils connaissent la lenteur de leur action, ils n'ignorent pas le dédain que professent souvent pour leur œuvre ceux qui ne soupçonnent pas l'importance et la difficulté de questions qu'ils n'ont jamais qu'effleurées, ils entendent encore les gémissements et les plaisantes imprécations de leurs prédécesseurs[2]. Ils ne désespèrent point cependant, car ils savent aussi que les travaux les plus solides sont ceux qui ont demandé plus de loisir; ils se rappellent que cette grande législation, qui

[1] Comme nous le verrons plus amplement dans la suite, le trait caractéristique des doctrines anglaise et américaine consiste à considérer le droit international privé comme une branche de la législation nationale, de la *common law*. Ce principe a eu pour résultat la constitution d'une doctrine anglo-américaine très différente de la doctrine continentale, mais qui tend aujourd'hui à s'en rapprocher. De certains passages de Wharton (*Conflicts of laws*, §§ 1, 2, et de Maine, *Lectures on international law*, pp. 43, 44) on pourrait conclure que la doctrine américaine était plus favorable que la doctrine anglaise à l'adoption d'un droit international privé général ayant pour but de distribuer la justice entre les nations.

[2] Les plaintes de nos anciens jurisconsultes, particulièrement de ceux qui appartiennent au XVIIIe siècle, sont un lieu trop connu pour que nous y revenions, si ce n'est pour dire qu'ils ont bien su se venger sur nous des peines qu'ils ont endurées. Froland, qui s'intitule modestement le premier auteur qui se soit occupé des questions de cette espèce, nous a légué des ouvrages qui comptent parmi les plus fastidieux que l'on puisse rencontrer.

a été vraiment celle du monde civilisé, ne s'est point faite à coup de lois, de constitutions et de sénatus-consultes, mais par l'action patiente des prudents et les décisions répétées des magistrats. Et leur zèle est loin de se refroidir. Dans tous les pays où la culture du droit est florissante, nombre d'esprits se sont spécialement dévoués à la tâche d'accélérer les progrès du droit international privé, plusieurs publications périodiques ont été fondées qui jouissent d'une légitime autorité, des associations ont pris pour but l'étude que l'on peut dire toute nouvelle de la législation comparée ; elles aussi peuvent revendiquer une bonne part dans le progrès des idées juridiques internationales. Le matériel exigé est donc prêt et tout porte à espérer que nous sommes appelés à contempler, dans un avenir peu éloigné, l'avènement de cette communauté juridique internationale qui donnera aux relations privées des peuples leur suprême expansion.

7) Nous considérons comme un devoir d'apporter aussi notre pierre à l'édifice. Notre but en publiant cet ouvrage est surtout d'approfondir les principes premiers sur lesquels repose le droit international privé. Il nous semble, en effet, qu'il existe à ce point de vue une lacune dans la littérature juridique contemporaine. Est-ce indifférence, est-ce hâte de courir à des questions plus pratiques, je ne sais, mais il est certain que parmi les auteurs il en est bien peu qui prêtent aux premiers problèmes de notre science l'intérêt qu'ils méritent[1]. La plupart d'entre eux

[1] Ce reproche, à vrai dire, est beaucoup moins mérité aujourd'hui qu'il ne l'était il y a peu d'années encore. La littérature juridique contemporaine marque aux premiers principes de notre science un intérêt de plus en plus grand. Nous signalerons à ce point de vue les ouvrages suivants : Jitta, *La Méthode en droit international privé ;* Meili, *Die Doktrin des internationalen Privatrechts*, dans la *Zeitschrift de Bohm*, t. I ; Hamaker, *Das internationale Privatrecht, seine Ursachen und Ziele ;* Dicey, *Conflict of laws*, Introduction ; Bartin, *Études de droit international privé ;* de Vareilles Sommières, *La Synthèse du droit international privé ;* Niemeyer, *Zur Methodik des internationalen Privatrechts ;* Kahn, *Ueber Inhalt, Natur und Methode des internationalen Priva-*

touchent à peine à ces questions que quelques-uns rejettent même comme indignes de l'examen, et, après quelques lieux communs, s'attaquent immédiatement aux divers conflits particuliers dont la pratique révèle chaque jour l'existence. Qu'en résulte-t-il? Que leurs démonstrations, manquant toutes d'une base première visible et indiscutable, sont impuissantes à produire la conviction. Elles sont souvent ingénieuses, entourées parfois de tout l'appareil d'une érudition imposante, elles ne sont jamais convaincantes, parce qu'elles ne pénètrent jamais jusqu'au fond de la question. On parle d'obligation et de droit, et ce n'est jamais que pour des considérations d'équité, de convenance, d'utilité que l'on se décide, on répudie le principe de l'école anglaise et, en fait, c'est par des procédés analogues aux siens que l'on tente de constituer une doctrine.

Il n'y a jamais eu, à notre avis, d'erreur de méthode plus grande que celle-là. Le droit international privé a ceci de particulier qu'il n'a pas de loi écrite ou traditionnelle à interpréter : c'est à lui-même qu'il appartient de se faire sa loi. Cette singularité est en même temps sa force et sa faiblesse : sa force, car il n'est enchaîné aux caprices ou aux erreurs d'aucun législateur[1], sa faiblesse, car il manque de cette plate-forme indiscutable pour y élever son édifice. Quoi qu'il en soit, cette situation particulière impose aussi au jurisconsulte des devoirs particuliers.

trechts ; Corsi, *Unificazione o codificazione del diritto internazionale privato;* Buzzati, *Il Rinvio ;* Catellani, *Del conflitto fra norme di diritto internazionale privato ;* Gemma, *Propedeutica al diritto internazionale privato ;* Zitelmann, *Internationales Privatrecht ;* Meili, *Das internationale Civil und Handelsrecht,* et sans doute bien d'autres encore que nous ne connaissons pas.

[1] *And it may be observed that this branch of jurisprudence has been and is being, more scientifically developed than others, by judges and, by jurists. It is a matter for rejoicing that it has escaped the Procustean treatment of positive legislation, and has been allowed to grow to its fair proportions under the influence of that science which works out of conscience, reason, and experience the great problem of Law or Civil Justice.* (Phillimore, *loc. cit.*, p. 11.)

Manquant de la garantie que lui donne d'ordinaire la parole souveraine du législateur, il faut qu'il aille chercher à sa source la plus reculée le droit dont il usera, qu'il pénètre les conditions d'existence de la société internationale et qu'il scrute ses besoins, qu'il dégage les intérêts communs des nations, qu'il sache dans quelle mesure on peut leur imposer des devoirs réciproques, qu'il détermine le point où il faut s'arrêter par respect pour leur indépendance. Alors seulement il aura pleine conscience de la valeur de ses principes, pourra les justifier et en faire les bases d'une doctrine solide et lumineuse, véritable maison de verre de chaque recoin de laquelle on apercevra les fondements.

Cette méthode est particulièrement nécessaire au professeur: il doit former ses élèves à se montrer exigeants en matière de démonstrations et à ne considérer une proposition comme certaine qu'autant qu'ils peuvent la mesurer toute d'un seul coup d'œil de sa base première à son extrême portée. Il faut qu'ils puissent éprouver la solidité des assises et vérifier la rigueur des attaches. Il faut surtout se garder comme d'une faute grave de les habituer à se contenter d'une demi-vérité, à confondre une probabilité avec une certitude. Nos élèves puisent à l'Université des habitudes d'esprit dont ils subiront l'influence pendant toute leur carrière, c'est leur faire un tort considérable que d'employer devant eux des méthodes peu rigoureuses et qui ne servent qu'à ancrer plus profondément le doute dans l'esprit. Quoi qu'on en dise, ils deviendront presque fatalement de mauvais praticiens s'ils ne sont pas d'abord de bons théoriciens.

Elle n'est pas moins nécessaire au point de vue de la formation générale du droit international privé. Nous avons mentionné plus haut le besoin d'un système de règles uniformes: comment obtenir cette unité si ce n'est au profit d'une doctrine rationnelle et logique ? Pense-t-on obtenir l'adhésion des nations à une loi arbitraire dont elles n'apercevraient pas la nécessité, à une justice qu'elles

ne regarderaient pas comme la véritable justice? Toute union de ce genre serait éphémère. Il faut d'abord produire une conviction commune et seule la lumière de la raison y réussira. Comme le dit bien Lorimer, il n'y a pas deux systèmes de justice et d'injustice[1]. Le tout est de dégager en notre matière le système juste. C'est le seul qui puisse être proposé aux suffrages des nations, le seul qui ait chance de les réunir sous son autorité.

8) Telle est la grande fonction de la doctrine. Mais nous nous hâterons de dire que cette fonction ne sera véritablement remplie qu'autant que la doctrine se pliera exactement aux données de fait du problème qu'elle est chargée de résoudre. La vraie doctrine, la vraie science ne sont point des œuvres d'imagination. Leur premier devoir est d'emprunter à la vie réelle les éléments de leurs décisions : négligent-elles ce soin, leur œuvre n'est plus qu'un fatras inutile et encombrant. Ce défaut a été celui de plusieurs doctrines célèbres et l'on s'explique le discrédit pourtant injuste qui frappe dans l'opinion commune les œuvres de science pure. Les jurisconsultes statutaires, tout praticiens qu'ils étaient, n'en demeuraient pas exempts lorsqu'ils enseignaient, contrairement à l'évidence même, que toutes les lois peuvent se répartir en lois concernant la personne et lois concernant les biens. De nos jours le chef de l'école italienne moderne, Mancini, y est tombé plus que personne, attribuant à la nationalité au point de vue du droit public un rôle qu'elle ne possède pas, dans le but de l'ériger en souveraine dans le domaine du droit international privé.

Ces excès de l'imagination n'ont rien de nécessaire; l'exemple de l'école fondée par Savigny est là pour nous montrer que l'on peut fonder une doctrine scientifique tout en restant très respectueux des leçons que fournit la simple nature des choses.

Il faut donc à toute bonne doctrine une base empruntée

[1] Lorimer, *Droit international*, trad. Nys, Introd., p. XVI.

à la vie réelle, à ces phénomènes sociaux que l'on peut considérer à bon droit comme nécessaires parce qu'on les voit se produire avec une continuité pleine d'enseignements dans le sein de toute société. Quelle sera la base de notre doctrine, il n'est pas encore temps de le dire. Le choix de cette base fait toute la valeur de la méthode. Ce choix du reste est assez large. On peut aller la chercher dans les caractères communs que présentent les lois privées, si l'on juge que ces caractères soient tels qu'ils comportent des conséquences arrêtées quant à la solution des conflits, on peut s'en rapporter de préférence à l'intention exprimée par les divers législateurs, on peut s'élever un peu plus et aller chercher dans l'analyse de la souveraineté du législateur la mesure qu'il conviendra de donner à la portée de ses lois dans l'espace. Chacun des systèmes possibles a son fort et son faible, mais, quel que soit celui que l'on adopte, il importe de le fonder non pas sur des axiomes émis à priori mais bien sur des vérités premières dont l'évidence éclate aux yeux de tous. Ce principe sera le fondement premier de notre méthode. Nous serons peut-être amené, au cours de nos études, à émettre des idées assez différentes de celles qui ont habituellement cours. Cette perspective n'a rien qui puisse effrayer. La doctrine du droit international privé n'est pas si parfaite que l'on ne puisse espérer trouver la vérité dans des voies différentes de celles qui ont été suivies jusqu'ici. Une seule préoccupation nous guidera, scruter rigoureusement la solidité de nos principes.

Alors seulement nous pourrons présenter, comme dignes d'être acceptés, les résultats que nous aurons obtenus. Peut-être trouvera-t-on ces résultats bien pauvres et dira-t-on que ce n'était guère la peine de se livrer à d'aussi longues recherches pour arriver en somme à des solutions dont la plupart sont déjà connues et pratiquées. Ce reproche qui nous a déjà été fait ne nous émeut pas. Nous ne cherchons pas à créer un droit international nouveau, et il faudrait en vérité être bien naïf pour penser que des siè-

cles ont pu être dépensés en recherches sans que, par une voie ou par l'autre, ne fût-ce que guidé par cet instinct de la vérité dont parlait Bartole, on soit arrivé sur la plupart des points aux solutions les plus acceptables. Notre but est tout différent. Nous cherchons à jeter plus de lumière dans ce domaine de la science, en scrutant plus profondément ses assises, en recherchant avec plus de soin les lois nécessaires qui la régissent, en déterminant avec une précision plus grande les relations de ses diverses parties. Si ce travail nous conduit parfois à des solutions nouvelles, nous ne les repousserons point, mais aussi s'il doit aboutir seulement à confirmer et à mieux faire comprendre des notions déjà reçues, nous croyons qu'il n'aura pour cela rien perdu de sa valeur. Encore hâtons-nous d'ajouter, pour ne tromper personne, que nous ne prétendons nullement émettre un système de droit international qui soit sans lacunes ni défauts. Une semblable perfection, nous le démontrerons, est impossible à atteindre, et quoi qu'on fasse, ces grands faits, la diversité des États et la pluralité de leurs législations auront fatalement cette conséquence que l'on ne possédera jamais un système rationnel de droit international privé aussi complet dans ses prescriptions, aussi uniforme dans ses effets que peut l'être la législation intérieure d'un seul et même pays.

Nos lecteurs, je le pense, ne s'étonneront pas outre mesure de cet aveu. Familiarisés avec les problèmes internationaux, ils connaissent la difficulté que l'on éprouve à arriver dans ce domaine à des idées nettes et exactes et comment il ne faut pas prétendre acquérir sur tous les points la certitude. Dût-on me savoir mauvais gré de cette déclaration, je me résigne sans peine aux critiques qu'elle me vaudra. Un jurisconsulte a dit au sujet de notre science qu'elle inspire à qui la cultive de l'humilité pour lui-même et de la charité pour les autres[1]. Jamais, depuis que le droit international privé existe, pensée plus juste n'a été émise à son endroit.

[1] Butler cité par Lorimer. *R. D. I.*, 1878, p. 339.

CHAPITRE II

Objet du droit international privé.

9. Objet du droit international privé pour les anciens auteurs. — 10. Son objet véritable. — 11. Réglementation dans chaque pays de la condition des étrangers. — 12. Solution des conflits entre législations différentes. — 13. Détermination dans un pays quelconque de l'effet des actes juridiques passés à l'étranger ; théorie de l'effet international des droits acquis. — 14. Mise en œuvre de cette théorie ; annexions, changements de nationalité. — 15. Classification des questions de droit international privé. — 16. Méthode à suivre. — 17. Domaine du droit international privé.

9) Le rôle social de notre science ayant été défini dans le précédent chapitre, nous avons maintenant à bien préciser les diverses questions composant le domaine qui lui est propre.

L'objet principal du droit international privé est d'arriver à la solution des conflits de lois. Qu'est-ce qu'un conflit de lois? On désigne sous ce nom les hypothèses dans lesquelles un même rapport de droit, se rattachant par ses divers côtés à plusieurs législations, fait surgir un doute sur le point de savoir quelle loi lui doit être appliquée. Par les circonstances dans lesquelles ce rapport est né ou a acquis son développement, il a suscité la concurrence de lois diverses ; ces lois pouvant, à des titres différents, prétendre à être observées, elles paraissent se combattre ; on dit pour ce motif qu'il y a conflit.

Un exemple, mieux qu'une définition abstraite, montrera

quelles sont les hypothèses auxquelles nous faisons allusion. Supposons qu'un Français épouse une Anglaise, on se demandera immédiatement si c'est la loi française ou la loi anglaise qui devra régir les conditions de leur union. Ajoutons que ce mariage a lieu à Bruxelles et nous voyons qu'au précédent conflit issu de la diversité dans la nationalité des époux vient se joindre une complication tenant au lieu dans lequel leur mariage est célébré. Trois lois sont alors en présence et l'on est obligé de se demander dans quelle mesure chacune d'elles devra être obéie. Suivons ces époux dans leur vie matrimoniale. Les mêmes difficultés qui se sont déjà produites au début et lorsqu'il s'est agi d'apprécier les conditions juridiques auxquelles ils devaient satisfaire pour contracter un mariage valable renaîtront au sujet des conséquences légales de leur union. A quelle loi seront soumis leurs rapports personnels? A quelle loi leurs rapports pécuniaires ? Il est possible même que celles-ci soient plus graves et plus complexes ; il suffit pour cela d'imaginer que les époux changent de nationalité ou de domicile pendant leur mariage, qu'ils aillent par exemple se fixer en Suisse, ou encore qu'ils possèdent des biens dans un tiers pays qui n'est ni leur patrie, ni le lieu de leur domicile, ni celui où leur mariage a été célébré. Même embarras encore et même conflit si ces époux, après un certain temps de vie commune, se voient forcés de recourir au remède du divorce ou au palliatif de la séparation. Nous voyons ainsi qu'un seul acte juridique, un mariage peut établir une concurrence entre cinq lois civiles différentes qui toutes ont des titres sérieux à être appliquées. L'une se réclamera de la nationalité de l'époux ou de l'épouse, l'autre du lieu de la célébration de leur union, une autre de leur domicile, une autre encore de la situation de leurs biens. Ce sont là des prétentions qui, au premier abord, n'ont rien d'absurde ni de fantaisiste : on pressent la gravité du conflit et la difficulté qu'il y aura à se prononcer entre tant de titres divers dont aucun ne paraît dénué de sens. Heureux encore si le tribunal saisi de la contestation n'est pas situé dans

un État distinct de tous ceux que nous avons mis en cause et si la question de compétence ne vient pas, brochant sur le tout, augmenter l'embarras des intéressés et des juges[1].

Les questions de conflits sont certainement les plus nombreuses et les plus difficiles de celles qui servent d'aliment à notre science ; bien plus, pendant longtemps on les a considérées comme constituant seules son objet, de telle sorte que le droit international pouvait être défini la science qui a pour objet la solution des conflits de lois. Telle était la manière de voir de nos anciens auteurs et ils y sont demeurés fidèles à ce point que dans leurs ouvrages même les plus considérables on ne rencontre pas une seule ligne qui ne soit consacrée à une question de conflit entre coutumes. Cette méthode, en dépit de son imperfection, est au moins chez eux fort intelligible. Pendant tout le cours de notre ancien droit le développement de notre science a eu pour occasion, non pas la considération des rapports pro-

[1] Conformément à la doctrine généralement suivie, nous considérons qu'un rapport rentre dans le droit international privé lorsqu'un des éléments de fait de nature à influer sur l'application du droit, est étranger. M. Jitta (*La Méthode du droit international privé*, pp. 46 et s.) trouvant ce criterium insuffisant enseigne qu'au point de vue d'un État déterminé, un rapport de droit international privé est celui qui n'est pas soumis au droit privé national de cet État. Il distingue alors entre les relations juridiques qui rentrant dans le domaine de législation d'un seul État sont nationales quant à lui et *relativement* internationales pour les autres États, et celles qui appartenant à la fois par leurs diverses parties au domaine de diverses législations sont *absolument* internationales. En outre, il admet qu'au regard de la collectivité des États toutes les relations juridiques possibles sont internationales. Comme procédé de méthode ceci paraît tout à fait critiquable. Il y a là une véritable pétition de principe. On se demande quelles hypothèses rentrent dans le domaine de notre science. M. Jitta répond que ce sont les rapports juridiques soumis à une loi autre que celle du juge. Il suppose donc que l'application des principes a été faite avant de décider si elle peut être faite. Cela s'appelle mettre la charrue avant les bœufs. En outre, nous contestons que toutes les relations juridiques sans exception soient internationales au regard de la collectivité des États. Les rapports de droit, qui ont tous leurs éléments dans le ressort d'une même souveraineté, sont essentiellement nationaux aussi bien au regard de la collectivité que pour les États particuliers.

prement internationaux, mais celle des rapports entre provinces ayant, comme c'était la règle, des coutumes différentes. Or, nous verrons bientôt que dans un même pays et entre provinces obéissant à des lois différentes les questions de conflit sont, en effet, les seules qui puissent pratiquement se poser.

10) Quoi qu'il en soit, cette méthode n'est plus la nôtre [1] et nous pensons que le droit international possède essentiellement un triple objet; il doit : 1° régler dans chaque pays la condition des étrangers; 2° résoudre les conflits entre législations différentes; 3° déterminer pour un pays quelconque l'effet des actes juridiques passés à l'étranger [2].

[1] La notion ancienne et qui consiste à voir dans la solution des conflits l'objet unique du droit international privé se trouve encore chez Mailher de Chassat, Schaeffner, Waechter, Savigny, Fœlix, Fiore et chez les Anglo-Américains. Les auteurs contemporains font une place séparée à la condition des étrangers, mais nous aurons l'occasion de voir que ce sujet a été beaucoup moins approfondi par eux que la théorie des conflits de lois. Ils sont inséparables l'un de l'autre cependant et l'on ne sait bien ce qui appartient au conflit qu'autant que l'on a éliminé d'abord ce qui est du ressort de la condition des étrangers.

[2] La distinction posée au texte n'a rien d'artificiel ni de « construit pour les besoins de la cause ». Elle se retrouve en droit intérieur ; dans toute législation, entre le principe du droit et l'accomplissement de son effet, trois moments doivent être distingués, le moment de la possession du droit, le moment de l'exercice, le moment de l'exécution. En d'autres termes, pour qu'une personne bénéficie de l'effet d'un droit, trois conditions doivent être réunies, elle doit en avoir la jouissance, jouissance dont certaines personnes étaient ou sont privées à titre exceptionnel (esclaves, morts civils, condamnés à une peine afflictive et infamante perpétuelle, femmes quant aux droits politiques); elle doit ensuite remplir les conditions mises par la loi à l'exercice de ce droit; elle doit enfin accomplir les formalités d'exécution. Ces trois degrés doivent être séparés, car les exigences de la loi à chacun d'eux ne sont pas les mêmes et n'ont pas une sanction identique. On voit ainsi qu'il y a un parallélisme exact entre les problèmes du droit international privé tel que nous le comprenons et ceux que renferme le droit national. C'est ainsi qu'avant de se demander si une personne a, dans un cas donné, droit à l'application de certaine règle juridique particulière aux fonctionnaires ou aux commerçants, on devra rechercher d'abord si cette personne a la qualité de fonctionnaire ou de commerçant et cette recherche sera indépendante du point de savoir comment, dans l'espèce, il y a lieu d'appliquer le point

La distinction de ces trois objets appelle quelques développements.

11) La fixation des droits de l'étranger est certainement matière internationale mais elle n'est pas matière à conflits. Pour qu'il y ait conflit, nous l'avons déjà indiqué et nous le montrerons plus amplement tout à l'heure, il faut que l'on se trouve dans une hypothèse de concurrence de plusieurs législations et qu'il y ait doute sur la loi à appliquer. Cette incertitude, ce doute constituent le signe distinctif du conflit. Or la question présente ne fait point naître de doute semblable. Lorsqu'on se demande si un étranger jouit, dans un pays déterminé, d'un certain droit, public ou privé, par exemple en France s'il peut être avocat ou tuteur ou membre d'un conseil de famille, il ne vient à l'esprit de personne que la solution de cette question puisse être empruntée à une législation autre que la législation locale, dans l'espèce, la législation française. Il est élémentaire, en effet, que le législateur français qui est maître d'organiser comme il l'entend les droits qu'il crée au profit de ses propres sujets puisse, en principe, agir de même à l'égard des étrangers et on ne comprendrait pas que, par respect pour une loi étrangère, il fût obligé de sanctionner au profit d'un étranger un droit qu'il juge dangereux ou impolitique de reconnaître à ses propres ressortissants. Donc, en ce qui concerne la jouissance des droits ou, comme on le dit parfois, la capacité de droit *(Rechtsfähigkeit)* aucun conflit n'est possible, dans chaque pays la législation nationale est seule applicable, et en principe le souverain local demeure libre de fixer à son gré la mesure des droits auxquels il entend faire participer l'étranger. Je me hâte d'ajouter que sa liberté à cet égard n'est pas illimitée : comme nous le verrons plus tard la

de droit dont il s'agit. De même, les questions d'exécution supposent l'existence du droit établie, sans cela elles ne se poseraient pas, mais ne sont nullement résolues par la décision de celle-ci.

liberté du législateur local a elle-même ses bornes. Il se peut qu'il soit *obligé* à faire participer l'étranger à certains des avantages qu'il a organisés au profit de ses nationaux, il est possible inversement qu'il soit *obligé* de refuser à l'étranger certains droits incompatibles avec sa qualité d'étranger. Ces restrictions constituent précisément la face internationale de la condition des étrangers. Mais ce qui demeure toujours vrai, c'est que le législateur local n'est jamais tenu en pareille matière d'appliquer la loi étrangère et que, par, conséquent il ne saurait y avoir de conflit.

Cette distinction peut être dite aujourd'hui de doctrine certaine, et il est inutile de la développer davantage.

Mais il semble que, dans certains cas bien connus, la doctrine a singulièrement compliqué son œuvre en commettant une erreur sur ce point de méthode et en donnant aux conflits ce qui appartenait à la condition des étrangers. En voici un exemple : on discute la question de savoir si un Anglais peut légitimer en France ses enfants naturels par mariage subséquent. Cette question a eu son heure de célébrité, sa difficulté vient de ce que la légitimation n'existe pas dans les lois anglaises. Et l'on se demande si la loi anglaise qui défend doit être appliquée ici ou si l'on doit donner la préférence à la loi française qui permet. La controverse est vive et, bien que déjà ancienne, elle paraît s'éterniser.

A notre avis, la question est mal posée. Ce n'est pas un conflit qui existe dans l'espèce, il n'existerait qu'autant qu'il serait certain que l'Anglais a le droit de légitimer en France, or c'est précisément ce qui est en question[1]. La

[1] Un arrêt célèbre de la Cour de cassation (23 nov. 1857, S., 58-1-293) a admis un Anglais à légitimer ses enfants naturels par mariage subséquent. La Cour a raisonné de la circonstance que cet Anglais avait épousé une Française et que celle-ci n'avait pas pu perdre par son mariage le droit de donner à ses enfants antérieurement nés la légitimité. Cette femme avait cependant perdu sa qualité de Française par son mariage. La Cour ajoutait que la légitimation devait être considérée comme d'ordre public parce qu'elle tend à la réparation d'une faute. Ce point de vue a été vivement combattu par la doctrine; s'il devait être admis, il

difficulté véritable porte sur le point de savoir si un étranger jouit en France du droit de légitimer ses enfants naturels, et, comme rien n'autorise à penser que le code civil ait en général entendu refuser aux étrangers le droit de légitimer leurs enfants, le seul point vraiment délicat est celui-ci : un étranger peut-il exercer, en France, un droit civil ouvert aux étrangers par la législation française, mais que sa législation nationale ne lui concède pas ? Cette question sera examinée en son lieu, mais on aperçoit déjà qu'elle concerne l'existence même du droit et non son exercice. Il ne s'agit pas de savoir à quelles conditions et suivant quelles lois un Anglais peut légitimer en France, mais s'il peut ou s'il ne peut pas le faire. Et cela n'est point insignifiant : ce n'est pas la nature territoriale ou extraterritoriale des lois sur la légitimation qui peut répondre ici, mais uniquement le point de savoir si le législateur français a entendu étendre à cet Anglais le bénéfice de la légitimation, et si, en ce faisant, il n'a point empiété sur la compétence de l'État voisin. Et, si de cette recherche, il résulte que le législateur français a eu le pouvoir et l'intention d'accorder cette faculté à l'Anglais résidant chez nous, on ne sera pas fondé à en conclure que les lois sur la légitimation sont territoriales. Tout différent est le cas de l'Italien qui prétend, quoique domicilié chez nous, obtenir la légitimation de ses enfants par décret de son souverain. Son droit à la légitimation est

en résulterait que les lois sur les conditions de la légitimation sont territoriales et s'imposent même aux étrangers, ce que la jurisprudence elle-même n'admet pas (Paris, 2 août 1876, S., 79-2-250 ; Cass., 20 janv. 1879 S., 79-1-417 ; trib. d'Avesnes, 12 juin 1880, Cl. 80, p. 472). Les auteurs traitent cette question comme question de conflit appartenant au domaine du statut personnel (Despagnet, *Précis*, p. 560 ; Asser et Rivier, *Éléments*, p. 125 ; Brocher, t. I, pp. 318 et suiv. ; Laurent, t. V, pp. 584 et suiv. ; Weiss, *Traité élémentaire*, p. 560 ; de Bar, *Theorie und Praxis*, t. I, p. 535). Ils commettent là, à notre avis, une confusion entre la capacité de droit et la capacité d'action. De leur méthode est venue la question assez discutée de savoir si c'est le statut personnel du père que l'on doit considérer ou celui de l'enfant.

incontestable et le doute ne porte plus que sur le mode à employer, c'est-à-dire sur une question d'exercice. Là il y aura conflit véritable entre la loi italienne et la loi française et c'est la nature de la loi en question qui devra en fournir la solution.

Cet exemple de confusion n'est point le seul que nous aurons à relever dans le cours de ces recherches, et, si l'on y réfléchit un peu, on comprend bien que la confusion puisse se produire. Un étranger ne demande pas à nos tribunaux, en général et sous une forme abstraite, s'il peut jouir en France d'un droit déterminé. Ce serait une action interrogatoire qu'aucun juge ne consentirait à décider. L'étranger agit et c'est la régularité de son acte qui est soumise aux tribunaux. Ceux-ci sont de suite portés à se demander laquelle de la loi française ou de la loi étrangère doit être appliquée, ils oublient facilement qu'une question préalable s'impose toujours, celle de savoir si l'étranger jouissait du droit en question; par cet oubli ils arrivent fréquemment à compliquer les questions les plus simples.

12) Viennent ensuite les conflits. Le conflit, dans l'ordre des questions internationales privées, marque un degré différent de celui auquel appartient la condition des étrangers, le droit n'est plus en puissance, il est en acte; on va l'exercer, on l'exerce, et l'on se demande alors à quelle loi cet exercice doit être soumis[1]. Pour qu'un conflit

[1] Un conflit existe lorsqu'on se trouve dans un cas où il y a doute sur la législation à appliquer. C'est là l'opinion commune (Cf. Asser et Rivier, p. 3; Brocher, t. I, p. 13; Durand, *Essai*, p. 228; Surville et Arthuys, *Cours élémentaire*, p. 7; Despagnet, *Précis*, p. 12). Il semblerait inutile d'insister sur une donnée aussi élémentaire et dont une tradition ininterrompue a aussi bien fixé le sens. Les problèmes dont s'occupe notre science viennent de l'hésitation que l'on éprouve à choisir entre plusieurs législations concurrentes, parce que chacune d'elles tient par quelque côté au rapport de droit dont on veut définir le régime juridique. Que la question soit posée au législateur, au juge ou au jurisconsulte, elle a toujours cette même origine. On ne constatera pas sans étonnement que M. Meili, dans un ouvrage récent, abondam-

puisse naître il suffit de supposer que les divers éléments de fait, dont le concours est nécessaire pour la constitution d'un certain rapport de droit, ne soient pas tous soumis à l'empire d'une même législation. Il faut des personnes, il est possible que ces personnes n'aient ni la même nationalité ni le même domicile ; il faut une chose, mais cette chose, si c'est un bien immobilier, peut être située hors du pays auquel appartiennent les parties au rapport de droit ; il faut un acte juridique, mais il est possible qu'il ait été passé à l'étranger ; il faut un tribunal pour donner sa sanction au droit, mais ce tribunal obéit peut-être à une loi qui n'est ni celle des parties, ni celle du bien, ni celle du lieu où l'acte a été fait. Le résultat invariable de l'une quelconque de ces circonstances est qu'un seul et même rapport de droit tient à plusieurs pays par des liens assez certains et assez directs pour qu'il existe des raisons sérieuses de le soumettre à la législation de chacun de ces pays.

ment fourni en renseignements pratiques intéressants, donne une idée tout à fait inexacte du conflit (*Das internationale Civil und Handelsrecht*, t. I, p. 145). Pour lui les conflits seraient de deux sortes : 1° conflits positifs, lorsque deux ou plusieurs lois différentes *veulent* être appliquées au même rapport de droit ; 2° conflits négatifs lorsque aucune loi ne *veut* être appliquée à un rapport de droit, par exemple si, en matière de tutelle, l'État du domicile se prononce pour l'application de la loi nationale et l'État dont les intéressés sont sujets pour l'application de la loi du domicile.

Les hypothèses citées par M. Meili ne souffrent aucune difficulté et ne font naître aucune question. Si les lois de deux États veulent être appliquées à un rapport de droit, les juges de chacun de ces États soumettront ce rapport à l'empire de leurs propres lois, et voilà tout. Si, d'autre part, le législateur de l'État du domicile proclame la compétence de la loi nationale, les juges du domicile devront appliquer sans hésitation aucune la loi nationale des parties. Dans un cas comme dans l'autre aucune difficulté ne surgira (sauf la question possible du renvoi). Un conflit ne naît pas du fait que certaines législations veulent ou ne veulent pas être appliquées dans certains cas, mais du fait qu'un droit a, pour les motifs indiqués au texte, ses attaches dans plusieurs pays, ce qui donne lieu de douter de la législation compétente. Entre lois diverses la volonté du législateur est, en théorie, impuissante soit à engendrer des conflits, soit à les résoudre : en pratique, cette même volonté peut suffire à les empêcher de naître.

Y a-t-il nécessairement conflit ? Non pas. Il est possible, nous le verrons, que l'on arrive à appliquer chacune des législations en présence, mais le plus souvent il n'en sera pas ainsi et il deviendra matériellement impossible de donner satisfaction à toutes les lois qui peuvent avoir des titres à être appliquées dans l'hypothèse ; il faudra préférer l'une, négliger l'autre, il faudra choisir. La science du meilleur choix est précisément l'objet le plus important et le plus difficile du droit international privé [1].

13) Il existe encore dans notre opinion une troisième catégorie de questions qu'une bonne méthode doit séparer des deux précédentes : elle comprend les difficultés qui naissent toutes les fois où une personne prétend faire valoir dans un pays les droits qu'elle a antérieurement acquis dans un autre pays. Ce nouveau type diffère également des deux autres. Nous avons précédemment assigné comme objet à notre science la mesure de l'effet international des droits acquis. La reconnaissance de ce troisième objet n'étant pas encore de doctrine courante, nous avons à montrer comment, par sa nature et par les circonstances dans lesquelles il se présente, il apparaît entièrement différent des deux autres, si différent qu'il est impossible à une bonne méthode de les confondre.

[1] D'après Jitta (*Méthode*, pp. 43 et suiv., 98, 196, 217, 233, 244 et suiv.), le droit international privé ne saurait être simplement la science du choix à faire entre plusieurs législations en cas de conflit, ou, suivant l'expression pittoresque de l'auteur, une guillotine à conflits, il doit tendre à donner à chaque rapport de droit le régime juridique qui lui convient dans la communauté universelle des peuples. Notre savant collègue est revenu souvent sur cette idée qui est la pierre angulaire de son ouvrage, pas assez souvent cependant pour nous donner une idée bien nette de sa pensée. Il paraît répudier fort résolument la doctrine universellement admise d'après laquelle tout conflit doit se terminer par la victoire de l'une ou l'autre des lois en présence. Il admet que la solution du conflit peut être cherchée dans une règle qui n'appartiendrait à aucune législation particulière, mais quelle serait cette règle, où irait-on la puiser et comment lui assurerait-on cette uniformité d'application sans laquelle il n'existe aucune certitude du droit et partant aucune garantie pour les intérêts particuliers. Tout cela l'auteur ne l'explique pas.

Définissons les questions que nous entendons ranger sous ce chef de questions concernant l'effet international des droits acquis et, tout d'abord, posons certains exemples.

Une personne a acquis dans un pays quelconque la qualité d'enfant légitime d'une autre personne. Le père et le fils sont de même nationalité ; la naissance du fils a eu lieu dans le pays dont ils sont l'un et l'autre les sujets ; d'après les lois de ce pays le second est incontestablement le fils légitime du premier. Dans ce pays, au moins, le fils a certainement la qualité d'enfant légitime. Pourra-t-il, dans le cours de son existence, invoquer également cette qualité d'enfant légitime en pays étranger, par exemple pour y recueillir une succession ou encore pour justifier, en cas de besoin, de son droit à une pension alimentaire? Dans quelle mesure et à quelles conditions pourra-t-il invoquer sa légitimité ? Quels effets en découleront en sa faveur dans ce pays étranger ? Quelles exceptions pourront être opposées aux prétentions qu'il élèvera en se basant sur son droit d'enfant légitime ?

Une personne acquiert dans un pays la propriété de certains biens mobiliers, d'une galerie de tableaux, d'un troupeau ou encore de titres de crédit. Son acquisition a eu lieu dans des circonstances telles que, dans le pays où elle a été faite, cette personne est réputée incontestablement propriétaire desdits biens. Pourra-t-elle revendiquer cette qualité de propriétaire en pays étranger et, si oui, quels droits sera-t-elle admise à tirer de cette qualité ?

Je contracte dans mon pays avec un tiers national de ce pays et qui y est, ainsi que moi, domicilié. Je deviens ainsi le créancier de ce tiers au regard de notre loi commune. Si mon débiteur transporte ultérieurement son établissement en pays étranger, serai-je admis à poursuivre mon débiteur dans ce pays? Ma créance y sera-t-elle considérée comme valable, comme susceptible de donner lieu à une exécution forcée et, si cela est, dans quelle mesure

mes droits pourront-ils être altérés ou modifiés par l'effet de cette circonstance que je les invoque en pays étranger ? On aperçoit déjà combien sont nombreuses et pratiquement importantes les questions qui se présentent sous cette forme. Il reste maintenant à faire voir qu'elles sont par leur nature internationales et qu'elles ne rentrent ni dans l'un ni dans l'autre des deux groupes précédemment définis.

Que les questions de cet ordre soient des questions internationales cela apparaît fort clairement. Elles impliquent essentiellement la naissance d'un droit dans un pays et le transport de ce droit dans un pays différent. Le droit en question est le produit d'une certaine loi, on demande à l'exécuter sous l'empire d'une loi différente. Dans quelle mesure cette prétention est-elle fondée, voilà un problème qui appellera fatalement la considération de l'empire de deux systèmes législatifs indépendants l'un de l'autre, de deux souverainetés diverses. C'est évidemment une question internationale. Aucun doute ne peut exister sur ce point. On reconnaîtra aisément que les questions de ce genre ne se confondent pas avec celles qui concernent la condition des étrangers[1]. Pour qu'un étranger soit admis à invoquer dans un pays le droit qu'il a acquis dans un autre pays, il faut sans doute qu'il soit apte à jouir dans le premier du droit dont il jouit dans le second. Ainsi, sous prétexte de droit acquis, un étranger ne pourrait évidemment pas prétendre à exercer une magistrature politique hors des

[1] Contrà Kahn (*loc. cit.*, p. 17, n. 1) qui soutient que notre troisième catégorie est inséparable de la première. Il résulterait de là qu'il suffit que les étrangers jouissent d'un droit dans un pays pour que les avantages soient attachés à ce droit lorsqu'ils l'ont acquis à l'étranger. La pratique proteste aussi bien que la théorie contre une semblable assimilation. Pendant longtemps les étrangers ont été reçus à acquérir en France le droit de propriété littéraire alors qu'ils ne pouvaient pas y faire valoir ce même droit supposé acquis à l'étranger. Inversement, sous l'empire de la jurisprudence postérieure à 1860, l'étranger divorcé dans sa patrie pouvait se remarier en France. Il n'aurait cependant pas pu y faire prononcer son divorce.

limites de sa patrie. Il le faut donc, mais cela ne suffit pas, il faut encore que la législation du pays où l'étranger invoque son droit reconnaisse ce droit comme régulièrement acquis, bien qu'il l'ait été sous l'empire d'une législation étrangère, par suite comme existant et comme propre à servir de cause à une exécution forcée. Un système de territorialité absolue serait compatible avec le principe de l'égalité du national et de l'étranger à l'intérieur de l'État (il commanderait même ce principe) ; il ne se concilierait pas au contraire avec un effet quelconque attribué sur le territoire aux droits acquis à l'étranger. Au point de vue de l'analyse juridique, il n'existe évidemment aucune similitude entre la situation d'un étranger qui se prévaut dans un pays d'un droit dont la jouissance lui est concédée par la loi de ce pays et la condition de celui qui vient y réclamer à son profit les effets d'un droit acquis par lui hors de ce pays. L'un demande à acquérir un droit se conformant aux lois compétentes, l'autre prétend avoir déjà acquis ce même droit et invoque les effets que comporte la possession effective de ce droit.

On comprend, en outre, qu'il n'y a pas non plus similitude entre les deux cas, si l'on se place au point de vue de l'étendue du droit de l'étranger. S'il a été acquis dans le pays où l'on veut le ramener à exécution, ce sera le droit tel que l'organise la législation de ce pays que possédera l'étranger. En principe et réserve faite de l'influence du statut personnel dans la mesure où elle est admissible, ce droit sera gouverné, quant à ses effets, par la législation de ce même pays. S'il s'agit d'un droit acquis à l'étranger, les effets de ce droit seront en principe déterminés par la loi étrangère sous l'égide de laquelle ce droit est né, sauf, pour ces effets, la chance d'être diminués, par suite de la circonstance qu'ils sont réclamés dans un pays étranger.

Les questions relatives à l'effet international des droits acquis ne sont pas moins différentes de celles qui concernent les conflits, et c'est une habitude vicieuse que celle qui a poussé la doctrine à les confondre.

Ces deux sortes de problèmes sont même opposées l'une à l'autre. Un conflit suppose qu'un rapport de droit suscite un doute quant à la législation qui doit lui être appliquée; on se demande si ce rapport rentre dans le ressort de telle ou telle loi ou, ce qui revient au même, dans quelle mesure il est soumis à l'autorité de l'une et de l'autre. Tant que cette question subsiste, on ne sait pas si l'on est en présence d'un droit régulièrement acquis, on le saura lorsqu'il sera certain que le rapport a bien été établi en conformité des conditions exigées par la législation compétente. Cela arrivera dans deux cas : 1° lorsque le rapport, source du droit invoqué, n'aura soulevé à son origine aucun conflit; 2° lorsque ce rapport, ayant été dès le début international, il sera prouvé qu'il a été établi conformément aux exigences de la législation compétente. C'est à ce moment seul que pourra se présenter la question de savoir si ce droit peut produire ses effets en pays étranger. Dans l'ordre logique, la question de conflit précède encore celle qui concerne l'effet du droit acquis; celle-ci ne peut même pas être soulevée sans que celle-là ait été préalablement résolue.

Déjà à ce point de vue nos questions revêtent une individualité très nette, mais il en est d'autres plus importants qu'il convient de signaler dès à présent, bien qu'ils ne puissent être complètement appréciés que dans le chapitre spécialement consacré à cette matière.

Les questions de conflit mettent en jeu la validité du rapport de droit à l'occasion duquel elles s'élèvent. Suivant qu'après examen il aura été reconnu que ce rapport a satisfait aux exigences de la loi compétente ou qu'il les a négligées. il sera tenu pour valable ou pour nul. Les questions relatives à l'effet international des droits acquis n'ont ni le même objet, ni la même amplitude. Elles ne s'attaquent pas à la validité du rapport de droit et il est fort possible qu'un droit, dont personne ne conteste la régularité dans le pays où il est né, soulève cependant des questions fort douteuses quant à l'effet dont il est suscep-

tible à l'étranger. Des Italiens font en Italie une donation pour cause de mort. Ce contrat est-il valable? Certainement oui, et même en France où les libéralités de cette sorte sont interdites, on ne peut pas prétendre qu'il ne le soit pas. Produira-t-il son effet en France? La question est autre et il est fort possible qu'on lui refuse tout effet chez nous, sans cependant mettre en question sa validité.

Ainsi un acte conforme à la loi compétente, valable par conséquent, pourra être privé de ses effets dans un pays étranger. Cette privation pourra être ou totale ou partielle, et cela encore marque une différence par rapport aux conflits. Un rapport de droit créé au mépris de la loi compétente tombera pour le tout, il est vicié dans son principe. Un droit régulièrement acquis pourra voir certains de ses effets méconnus dans un pays étranger, alors que d'autres effets du même droit y sont admis sans difficulté. Un mariage polygamique ayant été régulièrement contracté à l'étranger, nous reconnaîtrions sans doute en France la légitimité des enfants qui en sont issus, mais nous ne permettrions pas à l'époux d'en invoquer l'effet pour contracter sur notre sol une union de plus.

La distinction par nous faite permet d'expliquer qu'une personne puisse invoquer dans un pays les avantages attachés à un droit qu'elle ne pourrait pas acquérir dans ce pays. C'est que la validité internationale d'un droit et son effet sont choses entièrement séparées. A une époque où le divorce était interdit chez nous et où notre jurisprudence n'hésitait pas à étendre cette prohibition aux étrangers, cette même jurisprudence admettait la célébration sur notre sol du second mariage du divorcé. Il n'y avait pas là de contradiction, mais une application instinctive de la distinction que nous faisons entre les questions de conflits et les questions relatives à l'effet international des droits régulièrement acquis.

Nous croyons en avoir assez dit pour justifier notre méthode. Ces points sont du reste loin d'être épuisés. Ils

recevront de nouveaux développements dans un chapitre ultérieur.

La distinction que nous venons de développer est d'une importance capitale. Nous nous sommes appliqué jusqu'ici à en démontrer la justesse; nous ferons voir plus loin comment grâce à elle on parvient à éclaircir des problèmes justement réputés obscurs, comment même elle réussit parfois à donner une issue rationnelle à des questions que l'on pouvait considérer comme insolubles. Cette distinction ne remédie pas sans doute à toutes les imperfections du droit international privé, mais elle en supprime quelques-unes et ce résultat est déjà appréciable.

Il n'est peut-être pas inutile d'en indiquer en quelques mots le sens philosophique. Le droit, disions-nous précédemment, a une double mission : il fournit une direction et il assure une garantie. C'est dans la théorie de l'effet international des droits acquis que l'État s'acquitte de sa fonction de garant du droit international privé; par les règles qu'il assigne aux conflits il remplit son rôle de directeur des actions de l'homme. Quant à la matière de la condition des étrangers, elle représente dans chaque pays la solution moyenne adoptée entre les tendances opposées de l'exclusivisme national et du cosmopolitisme érigé en principe.

14) L'hypothèse sur laquelle nous venons de raisonner n'est pas la seule qui intéresse le principe du respect dû aux droits acquis. Nous apercevons deux autres séries de cas dans lesquelles des difficultés du même ordre se présenteront. En matière d'annexion d'abord. Par l'effet de l'annexion, un territoire change de maître et de législation. Les lois anciennes deviennent pour le pays cédé des lois étrangères et leur combinaison avec les lois nouvelles fait naître des questions fort délicates toutes les fois qu'il s'agit d'apprécier, au point de vue juridique, des situations qui, nées avant l'annexion, prolongent leurs effets postérieurement à sa date. On connaît l'importance et la fréquence des difficultés de cet ordre.

Il peut arriver aussi que dans un seul et même pays un rapport de droit donne lieu à des difficultés internationales par suite d'un changement de condition chez l'une des personnes intéressées au rapport, d'un changement de domicile par exemple, ou plus encore, d'un changement de nationalité. Un exemple classique est celui-ci : Deux époux changent, au cours de leur mariage, de nationalité. Quelle sera l'influence de ce changement sur leurs droits réciproques de nature personnelle ou de nature pécuniaire? Cet événement aura-t-il des effets et lesquels sur leurs rapports avec leurs enfants? Voilà tout autant de questions que la simple théorie des conflits de lois est impuissante à résoudre.

Ces diverses questions ont ceci de commun qu'elles mettent toutes en jeu le point de savoir dans quelle mesure un droit acquis sous l'empire d'une certaine loi peut, dans le cours de son existence, devenir sujet à l'empire d'une autre législation. Elles ne supposent pas, comme cela a lieu dans les conflits, le concours simultané de diverses lois mais leur concours successif, elles engagent invariablement la considération du respect dû à des droits antérieurement acquis. Par là elles se rapprochent singulièrement de cette matière qui, en droit intérieur, a donné lieu à la théorie de la non-rétroactivité des lois, avec cette différence cependant que les lois qui se succèdent ici sont l'œuvre de législateurs différents et respectivement indépendants les uns des autres, entre lesquels, par suite, une loi commune ne peut exister que grâce à l'autorité du droit international[1].

15) Tels sont les trois types de questions que comprend le domaine du droit international privé. Il est facile de les classer dans leur ordre méthodique parce qu'elles correspondent, comme nous le savons, à trois moments parfaitement distincts que l'on peut observer dans l'existence de

[1] Savigny a bien marqué ce rapport dans son Introduction, au t. VIII.

tout droit : l'aptitude générale à posséder le droit ou capacité de jouissance, l'exercice du droit ou moment où il s'individualise et se fixe sur la tête d'une ou plusieurs personnes déterminées, sa sanction enfin lorsque, le droit existant, la personne qui en est titulaire réclame les prérogatives qui y sont attachées.

Voilà donc l'ordre logique à maintenir entre elles, et nous remarquerons que cet ordre est aussi celui dans lequel elles se présentent invariablement en pratique, de sorte que l'une d'elles étant résolue, elle conduit directement à la suivante sans que l'ordre puisse être interverti. Une fois établie l'aptitude de l'étranger à jouir d'un certain droit, on est obligé de se demander suivant quelles lois il exercera ce droit, et ce n'est qu'autant que ce second point est résolu que l'on peut être conduit à rechercher quelle sanction internationale il peut réclamer pour son droit. Du reste, toute question internationale d'ordre privé n'implique pas nécessairement la présence de ces trois questions, il est possible qu'il ne naisse de difficulté internationale qu'au sujet de la seconde ou même de la troisième[1]. Il est possible aussi, inversement, que la série de nos trois questions une fois épuisée, il s'en présente une nouvelle de questions internationales du même type.

Ainsi, en supposant l'existence et la validité internationale d'un certain droit mises hors de question, il sera peut-être encore nécessaire de rechercher de quels modes d'exécution un étranger peut se servir, quelles lois présideront à cette procédure d'exécution, quels en seront les effets[2]. Cela est indéfini.

[1] Ainsi entre provinces d'un même État régies par des législations différentes, il ne se présentera, comme cela avait lieu dans notre ancien droit français, que des questions de conflits de lois. Observons encore que les questions internationales concernant les personnes civiles étrangères sont toujours précédées de la question de reconnaissance de ces personnes, qui appartient elle-même à la troisième catégorie : c'est une question de reconnaissance des droits acquis par une association à l'étranger.

[2] Un autre exemple plus pratique est celui des personnes morales cité

La variété des hypothèses est grande, mais une chose demeure invariable, l'ordre dans lequel ces questions se présentent à l'observation.

16) Reste à les distinguer les unes des autres et, quoique dans des cas fréquents un certain embarras puisse naître d'abord, nous croyons que l'on possède un moyen simple et sûr d'y parvenir. Il faut envisager le droit dont il s'agit au point de vue de l'exécution qui peut lui être donnée. Au moment où la question internationale vient à naître, ce droit a-t-il déjà reçu son exécution ou était-il susceptible de la recevoir dans le pays où il est né, la question internationale ne peut être qu'une question concernant l'effet d'un droit acquis à l'étranger. Ce même droit n'est-il nulle part susceptible d'exécution lorsque la question se pose, mais, en la supposant résolue, le deviendra-t-il immédiatement, c'est une question de conflit ; enfin, à supposer même la question résolue, le droit existera-t-il simplement à l'état de faculté abstraite et sans exécution immédiate possible en aucun lieu, s'il n'intervient pas un acte juridique qui lui donne une réalité concrète, c'est une question concernant la condition des étrangers.

Montrons immédiatement que l'application de cette méthode peut jeter une lumière nouvelle sur certaines difficultés, sources de discussions interminables dans la doctrine et dans la jurisprudence. On se demande si la femme mariée étrangère jouit sur les immeubles de son mari situés en France de l'hypothèque légale accordée par le code civil à la femme française et l'on a coutume de poser la question ainsi : l'hypothèque de la femme est-elle chez nous un de ces droits civils dont le Français seul a la jouissance ou

à la note précédente. En supposant reconnue l'existence d'une personne morale étrangère on est conduit immédiatement à rechercher de quels droits elle peut jouir, suivant quelles lois elle les exercera et quel effet international devra être attaché aux actes qu'elle aura faits dans le pays où se posent ces diverses questions.

appartient-elle à cette catégorie du droit des gens qui est également ouverte aux étrangers et aux Français? Pareille question se pose à l'occasion de l'usufruit légal des parents. La jurisprudence, combattue sur ce point par la majorité de la doctrine, considère ces deux droits comme appartenant au droit civil et, partant, comme inaccessibles aux étrangers. A notre avis la question est mal posée. L'hypothèque, l'usufruit appartiennent certainement au droit des gens et ce qui fait difficulté, c'est de savoir si un mariage d'étrangers confère à la femme une hypothèque sur les biens maritaux situés en France, si une filiation étrangère permet au père d'invoquer chez nous l'usufruit des biens de ses enfants. Nous remarquerons, en effet, qu'il suffit que la question soit tranchée par l'affirmative pour que le droit existe en fait pour les intéressés et puisse être par eux exercé. C'est une question de conflit et il s'agit de savoir si ces matières appartiennent au statut réel ou personnel. Il nous paraît certain qu'elles sont de statut personnel et nous en tirerons cette conséquence importante que ces droits ne peuvent être invoqués que par ceux à qui leur législation nationale les accorde.

Pendant un certain temps la 4e Chambre du tribunal de la Seine avait jugé que le droit de divorcer est un droit exclusivement civil. Cette juridiction pouvait se tromper sur la nature du droit au divorce, mais elle ne se trompait pas quant à la position de la question. C'est bien une difficulté touchant aux droits de l'étranger, car on peut la supposer résolue en sa faveur sans qu'il y ait pour cela un droit acquis chez nous au profit de l'étranger. L'étranger habile à divorcer en France n'est pas, par cela seul, un divorcé.

L'habitude de ramener toutes les difficultés du ressort de notre science à de prétendus conflits de lois a amené d'autres confusions. On se demande si l'étranger peut avoir en France la propriété littéraire sur les ouvrages par lui publiés à l'étranger. Examinons cette question en dehors de tout traité, de toute loi positive. Ce n'est évidemment

pas une question de jouissance du droit, car l'étranger qui publierait son livre en France en jouirait certainement. Ce n'est pas davantage une question de conflit ; il n'est pas douteux que le droit n'ait été régulièrement acquis à l'étranger ; c'est une question de droit acquis. Cette propriété peut-elle être invoquée hors du pays qui l'a concédée ? Tel est le seul point discutable. Nous ne laisserons point ces applications sans observer qu'il existe en droit international privé une matière dont la difficulté devenue proverbiale ne tient à rien autre qu'à une mauvaise définition des questions qu'elle implique, celle de la faillite. L'état de faillite n'appartient ni au statut réel ni au statut personnel et c'est en vain que l'on essaie de le faire rentrer dans l'un ou dans l'autre. L'état de faillite est un mode de réalisation particulier d'un certain nombre de droits acquis. Nous aurons l'occasion de montrer qu'à le considérer à ce point de vue on évite bon nombre des difficultés auxquelles se heurtent obstinément les auteurs et les praticiens.

17) Les divers objets que nous venons de spécifier ne suffisent encore pas à fournir la communauté internationale des institutions juridiques dont elle a besoin. A côté de ce qui est du ressort de la science du droit, il faut mentionner ce qui touche à l'administration de la justice, complément sans lequel le droit international ne pourrait fonctionner et dont il ne peut pas assurer lui-même le fonctionnement. C'est ce que l'on peut appeler, suivant la terminologie de de Martens, de l'administration internationale. Il est nécessaire que les États prêtent mutuellement à leurs sujets respectifs le secours de leurs institutions judiciaires. Ce secours réciproque est appelé par les Allemands *Rechtshilfe*. Nous traduirons littéralement par assistance juridique internationale. Sa nécessité est évidente. Pour que le droit international soit appliqué, il faut d'abord, suivant la juste remarque de Dicey[1], que le juge puisse prononcer sur les

[1] Dicey, *loc. cit.*, Introd., p. 1.

litiges internationaux. Dans quelle mesure et à quelles conditions sa compétence s'étendra-t-elle à cette sorte de procès, voilà qui fait l'objet d'une question préalable toujours présente. Ensuite il ne servirait à rien à un tribunal d'avoir compétence sur des étrangers s'il n'avait pas les moyens de leur faire parvenir l'assignation qui leur est destinée? Comment rendrait-il la justice s'il ne pouvait pas recueillir les éléments de preuve qui se trouvent à l'étranger? A quoi bon ses jugements, si la frontière passée leur autorité devait tomber?

L'assistance juridique internationale a pour mission de pourvoir à ces besoins. Par rapport au droit international privé, elle occupe une situation pour partie subordonnée et pour partie indépendante. Comme direction générale, elle doit se conformer à ses préceptes, car il serait absurde qu'un État qui se reconnaît tenu d'une obligation refusât de prendre les mesures nécessaires à son accomplissement. Comme organisation, elle est indépendante, chaque nation demeurant maîtresse de constituer comme il lui plaît ses institutions judiciaires aussi bien par rapport à des étrangers que par rapport à ses sujets. Il y a là une question d'administration et non plus une question de principes.

Nous ne ferons que mentionner ici ces questions d'assistance juridique internationale, limitant ces études aux seuls problèmes qui intéressent directement les principes et réservant à des études ultérieures ce côté fort intéressant des relations juridiques internationales.

Ayant ainsi examiné l'objet du droit international privé, demandons-nous quel est son domaine. Des explications très brèves suffiront sur ce point. Il me paraît qu'à cet égard trois zones sont à distinguer. Le droit international privé est appelé à exercer son empire : 1° entre États indépendants et obéissant naturellement à des législations différentes ; 2° entre communautés unies par des liens fédératifs, unions d'État (personnelle ou réelle), État fédéral, Confédération d'États, aussi longtemps qu'elles ne sont pas arrivées à l'unité de législation ; 3° entre provinces d'un

seul et même État lorsque ces provinces ont respectivement conservé leurs lois ou coutumes anciennes.

Ce n'est pas à dire cependant que notre science soit appelée à exercer une action égale dans ces trois zones ; c'est dans la première seulement, dans les rapports d'États indépendants qu'elle développe la plénitude de ses effets, c'est aussi cette hypothèse qui formera le thème habituel de nos explications. Lorsqu'il s'agit des relations entre États compris dans une unité politique commune, une circonstance nouvelle apparaît qui modifie gravement les données du problème ; il existe un pouvoir supérieur et commun, gardien et garant du droit de toutes les communautés particulières qui y sont comprises.

De là plusieurs conséquences intéressantes : 1° de confédéré à confédéré il n'y a pas à proprement parler d'étranger et l'on ne comprendrait pas qu'une personne fût placée, au point de vue civil, dans une situation inférieure parce qu'elle appartient à une communauté politique autre que celle sur le territoire de laquelle elle réside ; 2° les conflits seront moins fréquents et moins graves pour trois raisons : α) parce qu'il y aura le plus souvent certaines parties de la législation, le droit pénal, la procédure par exemple, qui auront été unifiées et ne pourront donner lieu à aucun conflit ; β) parce que les lois diverses de ces parties d'un même tout seront généralement plus voisines d'esprit et de tendance, ce qui rendra plus facile la pénétration réciproque de ces législations ; γ) parce que l'autorité souveraine commune pourra se faire attribuer le pouvoir de trancher législativement le conflit ; 3° entre communautés comprises dans un même corps politique il serait inintelligible qu'un acte régulièrement accompli dans un lieu quelconque n'eût pas son effet assuré sur tout le territoire de la fédération.

Ces particularités sont plus sensibles encore dans la dernière de nos trois zones, entre provinces d'un seul et même État. Nous étendons par suite à cette hypothèse les observations émises au sujet de la précédente. Il arrivera parfois que pour des cas semblables des règles spéciales devront

être posées. Nous les signalerons au fur et à mesure qu'elles se présenteront à nous [1].

On peut mentionner aussi les conflits que feront naître les divergences existant dans les États colonisateurs entre la législation de la mère patrie et celle de ses colonies. Ce sujet, peu étudié jusqu'ici, prêterait à une enquête intéressante. Les conflits de cette espèce deviendront toujours plus importants, étant donnée la tendance qui prévaut de laisser aux colonies une large autonomie. Les juges anglais devant lesquels ces conflits se présentent fréquemment ne les décident pas autrement que les conflits internationaux.

[1] Sur ces divers points, cf. Jettel, *Handbuch des internationalen Privat und Strafrechtes mit Rücksicht auf die Gesetzgebungen Œsterreichs, Ungarn, Croatiens und Bosniens*, § 3, et surtout Meili, *Das internationale Civil und Handelsrecht*, t. I, pp. 54 et suiv. Cet auteur nous donne des renseignements fort intéressants sur le droit international de la Suisse. Le droit fédéral distingue de canton à canton les simples résidents et les citoyens suisses établis. Ces derniers sont, après trois mois de séjour dans un canton, habiles à y exercer les droits politiques, à certaines exceptions près. Au point de vue du statut personnel, la compétence reconnue dans un certain nombre de cas par la loi suisse à la loi nationale fait place à la compétence de la loi du domicile entre citoyens appartenant à divers cantons. Meili fait allusion, dans ce passage, à l'influence que le droit intercantonal peut exercer sur le droit international. Nous donnerons plus loin un exemple notable de cette influence. Cf. *eod. loc.*, n. 3, p. 59, les renseignements donnés sur les conflits intérieurs dans l'empire d'Allemagne.

CHAPITRE III

Base du droit international privé.

18) L'objet de notre science étant défini, la première de toutes les questions qui se présentent à l'esprit est celle de savoir quelle peut être l'autorité de ses principes. Est-elle un véritable droit doué de la force obligatoire qui s'attache aux préceptes du droit, ou bien les circonstances de son application la condamnent-elles à ne former jamais qu'une discipline un peu arbitraire et dépourvue de toute autre force que celle qu'elle peut puiser dans la convenance de ses dispositions ?

L'opinion prédominante à notre époque est que le droit international privé constitue un véritable droit [1], c'est-à-dire un ensemble de règles obligatoires pour les tribunaux qui les appliquent et donnant aux particuliers intéressés toutes les garanties qui découlent de la reconnaissance d'un droit. En accueillant cette idée la doctrine cède à une nécessité sociale évidente, aucun esprit sensé ne pouvant admettre que les intérêts internationaux d'ordre privé soient abandonnés à l'arbitraire du juge; mais, lorsqu'il s'agit de jus-

[1] Phillimore, *International law*, t. IV, p. 2. D'après la doctrine de la courtoisie, les lois étrangères ne seraient reçues qu'à titre de convenance internationale et par suite d'une saine entente de l'avantage réciproque des nations, comme l'indiquait déjà J. Voët, le fondateur de cette doctrine (*quid ex summo jure obtinere debeat, quoties quisque populus suo jura mordicus, quo usque potest extendere et tueri, aliena vero suis ex finibus arcere intendit. Dein quid ex comitate gens genti circà statutorum decretorumque extensionem ultrà territorium statuentis liberaliter et officiosè indulgeat, permittat, patiatur ultro citroque, nullo alioquin ad id jure obstricto. De statutis*, § 1) opposant, on le voit très nettement, la force du droit à l'influence de la courtoisie. Cette idée de courtoisie est actuellement abandonnée par les jurisconsultes anglo-américains eux-mêmes (Westlake, *Private international law*, Introd., p. 7 ; Wharthon, *A treatise on international law*, §§ 1 et 1 *a*; Dicey, *Conflicts of laws*, Introduction, p. 10), mais il n'en a pas toujours été ainsi (Phillimore, *International law*, t. IV, p. 3 « *there the narrow province of International Right ends, and the wide domain of International Comity begins* »; Wheaton, *Éléments du droit international*, t. I, p. 103). Il ne faut pas méconnaître du reste que le système de la *comitas*, si insuffisant qu'il soit au point de vue du commerce international (car il est exclusif de toute certitude), a du moins le mérite d'une logique irréprochable. Si l'on admet cette affirmation de Voët « *cum enim non plus virium habere statuta possint quam a legislatore statuente acceperunt et ipsius legislatoris potestas terminis sui territorii coarcta sit.....* » (§ 5), il faut en venir fatalement à sa conclusion. Il n'y a pas de statuts juridiquement personnels et d'Argentré lui-même va trop loin lorsqu'il soustrait la personne à l'influence de son principe en alléguant qu'elle n'a pas de situation réelle et qu'on ne peut la soumettre qu'à l'autorité de la loi de son domicile (sur l'art. 218 de la cout. de Bretagne v° *Sed quæ statuta in personam concipiuntur alio jure utuntur*, etc.). Observons, en outre, que la théorie moderne, qui voit dans le droit international privé une partie de la législation intérieure de chaque peuple, n'offre pas une beacoup plus grande somme de garanties aux justiciables. Nous le verrons plus loin.

tifier cette affirmation, les avis diffèrent et les explications données sont souvent ou obscures ou insuffisantes.

19) Les pères de notre science, les postglossateurs, s'efforcèrent de donner à leur doctrine une valeur légale en la rattachant au droit romain qui n'avait pas cessé, en Italie, pays d'empire, d'être regardé comme le droit commun. On sait de quels artifices singuliers, de quels subterfuges ils usaient quelquefois pour atteindre leur but. Si réellement on pouvait trouver dans le droit romain certaines dispositions touchant à la solution des conflits de lois, leur méthode aurait été la plus légitime de toutes [1]. Elle tendait à la construction d'un système universel de droit international privé et attestait chez eux la préoccupation d'asseoir leurs décisions sur des bases générales et d'une autorité incontestable.

Les statutaires étaient loin de bénéficier d'une position aussi favorable. Ils invoquaient encore le droit romain, mais à titre de raison écrite, non plus à titre de législation commune. Le droit romain, dans les pays où son autorité n'était pas universellement reconnue, comme en France et plus encore en Allemagne ou dans les Pays-Bas, pouvait conférer à une doctrine un caractère de légitimité fort recommandable, il ne pouvait plus lui donner une autorité réelle, car il ne correspondait plus à un lien de supériorité politique existant. Force était donc de recourir à d'autres arguments et de donner une autre base aux doctrines que

[1] Le grand tort des postglossateurs a été de faire dire aux lois romaines ce qu'elles ne disaient pas, car il n'est aucune de celles qu'ils citaient plus volontiers qui ne s'expliquât autrement que par une allusion forcée et presque divinatoire à des conflits de lois (Cf. Lainé, *Introduction au droit international privé*, t. I, pp 108 et suiv.). La remarque a souvent été faite et je n'y insisterai pas, si ce n'est toutefois pour observer que cette méthode vicieuse ressemble tout à fait à celle de ces civilistes modernes qui prétendent tirer du texte de la loi la solution de toutes les questions possibles, même de celles que le législateur n'a prévues ni de près ni de loin. Cette méthode a été très justement critiquée par M. Gény (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, pp. 23 et suiv.).

l'on entendait implanter dans la pratique. Le droit public fournit cette base au principe fondamental de la théorie des statuts, grâce au dogme de la réalité des lois [1]. La territorialité des lois découlait pour eux de la territorialité de la souveraineté. Confondant sans hésitation le domaine de la puissance publique avec celui de la souveraineté (certaine étymologie très fantaisiste du mot *territorium* est, chez d'Argentré, la preuve de cette confusion [2]), tous les auteurs qui jugeaient nécessaire de donner une preuve de la territorialité des lois avaient recours à la maxime alors constante de la territorialité de la souveraineté.

Cette explication n'était pas dépourvue de valeur, car la souveraineté féodale au moins se confondait avec une certaine espèce de propriété, la tenure en fief, et pouvait être réputée lui avoir emprunté son caractère territorial. L'inconvénient de cette base consistait moins dans sa fragilité que dans son caractère par trop exclusif, de plus en plus gênant, à mesure que les besoins du commerce international ou même simplement interprovincial devenaient plus étendus et plus pressants. Il fallut à l'aide de la fiction *Mobilia sequuntur personam* soustraire de son domaine le régime de la propriété mobilière, il fallut surtout malgré elle donner un effet extraterritorial aux lois concernant la personne. Cette grande exception qui consiste dans la reconnaissance de statuts personnels est un véritable démenti au principe et les auteurs auraient vainement cherché à lui

[1] Jusqu'à Bouhier, qui la traite de vieux préjugé enraciné dans les esprits des praticiens, la maxime que toutes coutumes sont réelles est demeurée un dogme indéracinable chez les anciens jurisconsultes. Il est à remarquer que dans le très ancien droit cette réalité était conçue comme faisant obstacle à l'extension du statut hors du territoire, mais non pas comme entraînant son application aux étrangers dans les limites du territoire. Au moins sur ce dernier point les doutes étaient grands. On s'explique ainsi que Bartole sépare la question de savoir si les statuts des villes italiennes sont territoriaux ou extraterritoriaux, de celle de leur extension aux personnes étrangères à la cité.

[2] *Statuta extra territoria sua sine usu sunt cum extra ea terreri nemo possit.*

assigner un fondement rationnel satisfaisant. Ils parlent volontiers de mutuelle utilité, de convenance, voire même parfois de la nécessité de maintenir la paix dans la grande société des nations[1] : ce ne sont pas des raisons capables de limiter un principe tiré de l'essence même de la souveraineté. Le seul motif possédant quelque valeur philosophique parmi ceux qui ont été cités est celui que l'on tire de l'invariabilité de la personne humaine. Il paraîtrait à bon droit étrange que par le seul effet d'un déplacement une personne perdît ses qualités juridiques, alors qu'elle ne perd aucune des qualités physiques ou morales auxquelles les premières correspondent. Cette explication avait pour conséquence de faire juger de la territorialité ou de l'exterritorialité d'un statut d'après le degré d'intimité des rapports qu'il présente avec la personne ; elle contient en elle la légitimation de la distinction classique des statuts réels et personnels ; elle contient malheureusement aussi le germe de ces innombrables difficultés d'application qui ont empêché toute entente dans le camp des jurisconsultes statutaires.

20) Le système des statuts impliquait une contradiction. Quelques-uns de ses partisans, frappés sans doute de cette inélégance, admirent la territorialité de toutes les lois et tempérèrent, au moyen de la *comitas gentium* ou courtoisie, les conséquences par trop absolues de leur principe. Ce système fut, on le sait, celui de Jean Voet, d'Huber, d'Hertius[2] ; il passa des Pays-Bas en Angleterre[3] et acquit dans ce pays ainsi qu'en Amérique un gigantesque développement. Le système de la *comitas gentium* consiste

[1] Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, ch. XXIII, p. 457 ; Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, 6e principe.

[2] Cf. Note 1, p. 49.

[3] D'après une conjecture de Westlake (Introd., p. 8), la prédominance des doctrines hollandaises en Angleterre serait due à l'habitude qu'avaient prise les avocats écossais d'aller compléter leur éducation juridique en Hollande.

dans la combinaison d'une idée de droit et d'une idée de convenance. Le droit c'est la territorialité et, si l'on admet la manière de voir des statutaires, il est certain que le principe de Jean Voet et de ses disciples est incomparablement plus juste que leur fameuse distinction. Si la souveraineté est essentiellement territoriale, toutes les lois sont des émanations de la souveraineté et comme telles sont territoriales. Mais il faut vivre et l'on ne vit pas en société avec un principe semblable. C'est pour réconcilier leur formule avec les exigences du commerce que les auteurs de cette école modérèrent leur principe en admettant, que chaque souverain doit tolérer sur son territoire l'application des lois étrangères dans la mesure où cette application correspond à l'utilité commune des peuples. Cette idée prise comme base d'une théorie de droit international privé possèdait une étendue suffisante. On peut espérer en effet que les divers législateurs se feront une idée semblable des sacrifices que requiert leur utilité commune et qu'ils arriveront ainsi à une pratique sensiblement uniforme. Par contre elle manquait de solidité. On ne fonde pas un droit sur une simple tolérance toujours révocable et la bonne volonté des souverains n'est pas pour les particuliers une garantie solide de leurs intérêts.

21) Sur le continent, la doctrine de la courtoisie, considérée comme base du droit international privé, n'eut aucun succès. On ne la cite aujourd'hui que pour la réfuter. Mais encore faut-il trouver un fondement à ce droit dont on revendique l'existence. Savigny lui-même paraît avoir été fort embarrassé par ce problème, car il attend l'établissement d'une communauté juridique entre les nations, d'un développement propre du droit qui rapprocherait les conflits internationaux des cas de collision entre les droits particuliers d'un même État, développement dont on a peine à saisir le sens[1]. Que le droit intérieur en se développant

[1] Savigny, *Traité*, t. VIII, trad. Guenoux, p. 31. Lainé (pp. 20 et suiv.) répond à la question que le droit international privé existe au moins

adopte un nombre croissant de règles de droit international privé, c'est ce que l'on peut espérer et attendre sans témérité, mais encore ce mouvement ne peut-il pas donner naissance à un véritable droit international privé. Les diverses formes nationales du droit international privé peuvent prendre toute l'extension imaginable ; il n'en résultera pas un droit international ; pour que celui-ci existe, il faut supposer des préceptes qui s'appliquent en tout pays ; à cette condition seulement il y aura une loi internationale et une véritable communauté de droit.

Lorsque l'on dit que les préceptes du droit international n'ont pas d'autre autorité que celle qu'ils empruntent à la volonté du législateur qui les a accueillis, on dénie toute existence indépendante au droit international privé et l'on fait revivre sous une autre forme le système maintes fois condamné de la courtoisie internationale. L'arbitraire du législateur est sans doute moins sujet à variation que l'arbitraire du juge, mais c'est toujours de l'arbitraire, et dans un état de droit bien ordonné l'arbitraire ne doit pas occuper la plus petite place. Avec ce système il sera toujours à craindre que l'État, dans l'édification de son système de droit international privé, ne s'inspire plus volontiers de ses intérêts particuliers que des intérêts généraux de la communauté internationale : en outre, on n'arrivera pas à la reconnaissance de cette loi générale dont nous démontrerons la nécessité. Il faut observer aussi que le juge, pénétré d'une idée pareille, s'appliquera exclusivement à dégager la pensée du législateur auquel

comme droit naturel et même dans une certaine mesure comme droit positif issu du sentiment de la justice et lié aux progrès de la civilisation. Ce n'est pas aller assez loin. Le droit international privé doit exister parce que la société internationale ne peut pas plus se passer de droit qu'une société nationale quelconque et c'est pour tout État un devoir de le définir et d'en faire respecter les principes. (V. notre article sur le *Droit international, ses éléments constitutifs*, etc. *R. D. I. P.*, 1894, pp. 3 et suiv.)

il obéit, il appliquera nécessairement le système étroit de Waechter et ses arrêts motivés en droit ne vaudront pas mieux, à notre point de vue, que les inspirations qu'il puiserait dans le pur sentiment de la courtoisie. Le droit international privé ne mérite le nom de droit que s'il possède une autorité supérieure à l'indépendance de l'État, il n'est un droit que s'il fait partie du droit des gens. Entre personnes appartenant à des pays différents, de même que plus généralement entre personnes ayant des intérêts dans des pays différents, il ne peut y avoir de règles juridiques communes que celles qui s'imposent aux États dont ces personnes sont, à un titre quelconque, les ressortissants. Parce que le droit est une émanation de la souveraineté de l'État il faut, d'un pays à l'autre, passer par le canal des États respectifs pour obtenir la constitution d'un droit. Il faut que ce droit s'impose aux États pour qu'il s'impose aussi aux particuliers.

En dehors du droit des gens on ne trouverait que le droit général de l'humanité qui pourrait fournir une base assez large au droit international privé [1], mais ce droit naturel de l'humanité est trop vague, trop restreint, trop embryonnaire pour être d'un usage quelconque en notre matière. On peut admettre qu'il protège la vie de l'homme,

[1] C'est ainsi que Laghi (*Il Diritto internazionale privato*, t. I, p. 155 et suiv.) fonde le droit international privé sur le respect de la personne humaine. Mais il résulte des développements donnés par cet auteur que la personne étrangère est qualifiée par la souveraineté dont elle dépend, de sorte que le respect de cette personne ne va pas sans le respect de cette souveraineté. Cette façon d'envisager les choses rapproche beaucoup les idées de Laghi des nôtres. On peut dire aussi que cette idée de respect de la personne humaine est à la base des théories de tous ceux qui, comme Savigny (*loc. cit.*, p. 31), et Lainé (*loc. cit.*, t. I, p. 20), comptent sur le développement progressif de l'idée de justice pour réaliser le développement du droit international privé : ces idées ne sont pas fausses, mais elles manquent de la rigueur et de la précision que requiert une construction juridique destinée à une application positive. Sur la notion du droit de l'humanité on peut consulter notre article intitulé : le Droit International public, ses éléments constitutifs, son domaine, son objet (*R. G. D. I. P.*, t. I, p. 1).

sa liberté, son honneur, personne n'admettra qu'il soit, dans son état actuel, assez complet et assez précis pour donner une garantie suffisante aux relations juridiques entre particuliers.

Voici donc, dans ses termes derniers, la question de principes qui nous occupe : ou bien notre science n'est pas un véritable droit et n'a pour les États aucun caractère obligatoire, ou bien il en possède un, mais alors il fait partie du droit des gens et constitue, suivant l'expression de Rolin, une doctrine qui régit les rapports des nations, en traçant les limites de leur compétence respective en ce qui concerne le règlement des droits et des intérêts privés[1].

[1] Quelques auteurs modernes cherchent pourtant à échapper à ce dilemme. Ils ne renoncent pas à donner à notre science le nom et la valeur d'un système de droit, mais ils ne veulent pas admettre que ce soit un droit entre nations supposant de véritables obligations internationales. M. Lainé (v. note, *Revue critique*, 1903, p. 99) est de cet avis et aussi M. Aubry, autant qu'on peut en juger d'après un passage de son étude sur la Notion territorialité, presque entièrement vouée à la critique (Cl. 1901, pp. 661 et suiv.; v. aussi Meili, *loc. cit.*, t. I, p. 177). Dans cette opinion l'admission des lois étrangères serait due, dans chaque pays, à la volonté de l'État, mais cette volonté même se déterminerait, non par des motifs de courtoisie, mais par des raisons de justice et d'intérêt social. M. Aubry parle en ce sens d'une certaine obligation que l'État aurait envers lui-même. Cette opinion n'est que spécieuse. Il est impossible d'assimiler l'acte du législateur reconnaissant, dans un certain cas, la compétence d'une certaine loi étrangère à celui qu'il accomplirait en inscrivant dans ses lois un principe emprunté à une loi étrangère. Dans ce dernier cas seulement il est vrai de dire que la loi étrangère est devenue une loi intérieure, et l'on observera qu'à ce titre elle devient aussi complètement indépendante de son origine. Que la législation qui, d'abord, avait accueilli cette règle de droit la repousse ensuite et la fasse disparaître de ses codes, cela importe peu. Le pays qui l'a adoptée ne la garde pas moins au nombre de ses lois tant que lui-même ne juge pas à propos de la rejeter. C'est ainsi que le divorce, proscrit en France en 1816, est demeuré en vigueur en Belgique où la conquête française l'avait introduit. Il en est autrement dans notre hypothèse. Ce n'est pas une certaine loi étrangère que le législateur adopte et fait sienne, c'est la compétence du législateur étranger devant laquelle il s'incline et proclame sa propre incompétence. Ce qui le prouve, c'est que cette loi étrangère peut changer dix fois, elle demeurera toujours la loi applicable sans que ses transformations successives aient jamais fait l'objet d'une promulgation dans le pays qui l'a une fois pour toutes adoptée.

A notre point de vue, la question des rapports existant entre les deux branches du droit international est donc capitale. En tant que droit, c'est pour lui une question de vie ou de mort. Ce point pour nous n'est pas douteux et le droit international privé n'est rien autre qu'une branche du droit des gens. Ce rattachement constitue le seul moyen qui existe de donner au droit international privé une autorité générale supérieure à celle d'une législation nationale. Je vais essayer de démontrer qu'il est rigoureusement commandé par l'analyse des questions qui forment l'objet de notre science.

22) On ne rencontre aujourd'hui[1] presque plus d'auteurs qui ne reconnaissent qu'il existe certains rapports entre les deux branches du droit international, mais pour la plupart d'entre eux il en est de ces rapports comme des liens de famille fort éloignés, que l'on ne précise pas, parce qu'on est bien résolu à leur refuser toute influence. Ce que nous trouvons à cet égard chez les meilleurs auteurs est vague, parfois obscur, toujours insuffisant. Ils reconnaissent

Cela étant, on ne peut choisir qu'entre deux explications du phénomène: ou bien le législateur intérieur se retire ainsi devant le législateur étranger parce qu'il reconnait qu'il n'est plus dans son ressort législatif (ce qui est notre théorie), ou bien il faudra dire que le législateur intérieur renvoie au législateur étranger le soin de légiférer sur ce point. Compétence législative internationalement circonscrite ou théorie du renvoi, il faut se rallier à l'une ou l'autre de ces deux explications. Cf. Rolin, *Principes*, t. I, p. 9.

[1] La doctrine ancienne, au contraire, ne faisait pas ce rapprochement et l'on n'en sera nullement surpris si l'on songe que c'est de conflits entre coutumes d'un seul et même État qu'elle s'occupait presque exclusivement. Ce n'est pas qu'on ne trouve chez les anciens auteurs, en particulier chez les jurisconsultes français du XVIII[e] siècle, quelques allusions au profit que peut tirer l'humanité d'un bon système de solution des conflits de lois. On parlait aussi de l'ordre qu'il convenait de maintenir dans la grande société des nations, ou encore d'un droit de parcours et d'entrecours à établir entre elles pour le plus grand bien du commerce et de la société d'entre les hommes. Nos anciens auteurs voyaient bien l'utilité sociale de la science, mais il ne leur est jamais venu à l'esprit d'emprunter à la considération des rapports entre nations les lois qui doivent la régir.

que le droit international public doit exercer une influence sur la solution de nos problèmes, mais cette influence ne se trouve précisée nulle part au point qu'on puisse la faire servir à dissiper les difficultés dont notre science est obstruée. Tous, à la vérité, ne méritent pas ce reproche, mais précisément les jurisconsultes auxquels il ne saurait être adressé sont aussi ceux qui, demeurant attachés aux idées les plus anciennes, repoussent plus énergiquement la notion d'un droit international privé. Pour ceux-là le droit des gens pose une loi unique, l'indépendance absolue des États : il ne reste donc aux interprètes qu'à constater l'impuissance des lois à produire aucun effet à l'étranger, si ce n'est du consentement de l'État local et par un effet de sa bienveillance ou, si l'on aime mieux, de son entente des intérêts internationaux. Ces idées sont celles de Wheaton, de Fœlix, de Laurent[1], elles constituent la reproduction exacte de l'idée mère du système de d'Argentré.

Les jurisconsultes que nous venons de citer n'ont pas aperçu, que l'existence des relations entre peuples et la constitution de la société internationale, qui en a été la conséquence, ont modifié profondément le fait primitif de la territorialité de la souveraineté, si encore ce fait a jamais existé, ce qui n'est point certain. La souveraineté a franchi les limites territoriales de l'État du jour où une personne a été admise à entretenir des relations hors de sa patrie : la reconnaissance de la qualité d'étranger contient forcément la reconnaissance de l'effet extra-territorial d'une souveraineté étrangère. Dès ce jour

[1] Wheaton, *Éléments de droit international*, t, I, pp. 101 et suiv.; Fœlix-Demangeat, chap. III, § 11, t. I, p. 27; de Folleville, *Introduction à un cours de droit international privé*, p. 56; de Vareilles-Sommières, *loc. cit.*, t. I, pp. 16 et suiv.; Laurent, *loc. cit.*, t. I, pp. 9 et suiv. Il peut paraître étonnant de comprendre Laurent dans cette catégorie d'auteurs, alors qu'il relie expressément le droit international au droit des gens, mais on remarquera que ses développements aboutissent à conclure que notre science ne peut exister que du consentement des États manifesté par la voie des traités. C'est donc bien qu'il considère la territorialité de la souveraineté comme commandée par les préceptes du droit des gens.

donc la souveraineté a cessé d'être absolument territoriale et en même temps les déductions sans nombre que l'on a tirées de la territorialité prétendue de la souveraineté n'ont plus été toutes légitimes[1].

A la vérité, cette opinion n'est guère plus soutenue de nos jours et son abandon a eu pour résultat d'incliner les auteurs à voir dans le droit international public et dans le droit international privé deux disciplines distinctes, plus ou moins séparées l'une de l'autre. Pour quelques-uns, la séparation est absolue, rien de commun n'existant entre les deux sciences[2], pour d'autre, et c'est le plus grand nombre, le droit international public contribue à la formation des règles du droit international privé. Parfois on

[1] Cf. Catellani, *loc. cit.*, p 10, qui nous parait avoir très bien vu cette vérité. De Mohl, *loc. cit.*, t. I, p. 585), attribue justement l'indétermination et la faiblesse du droit international privé à ce que l'on a toujours voulu en faire une science séparée de celle du droit des gens.

[2] Meili, dans la *Zeitschrift für internationale Privat und Strafrecht*, t. I, p. 6 et suiv. La doctrine de Meili consiste à présenter le droit international public et le droit international privé comme deux branches du droit analogues et parallèles au droit intérieur public et privé. Cela nous parait totalement inadmissible. Le droit intérieur, tant public que privé, suppose des relations soumises à une même souveraineté ; le droit international, soit public, soit privé, statue sur des relations dépendant de souverainetés différentes. Cela suffit, à mon avis, pour que l'on ne puisse pas faire entre les deux groupes même une comparaison. Dans son plus récent ouvrage *(Die Doctrin des internationalen Privatrechts)*, Meili affirme de nouveau que notre science appartient au droit privé (t. I, p. 177). Cependant à la page suivante il traite de *Voelkerrechts widrig* une certaine règle de droit international privé. M. Westlake, quoique moins affirmatif, parait bien appartenir à cette école *(loc. cit.*, p. 4), ainsi que Dicey *(loc. cit.*, p. 3). Dans le même sens, Niemeyer *(Zur Methodik des internationalen Privatrechts*, p. 31), et surtout Kahn *(loc. cit.*, pp. 18 et suiv.), qui reproche à la théorie internationalistique d'être d'une application impossible, tout en avouant qu'elle a rendu plus de services à la science que la théorie opposée. Par contre, il reconnait l'existence d'un droit supranational (pp. 37 et suiv.) fort pauvre dans son contenu, il est vrai (p. 40), et même, dans une certaine mesure, l'existence entre États d'obligations internationales dérivant du commerce international. Il considère comme contraire à ces obligations la pratique de la torture, la mutilation comme peine, la mort civile appliquée aux hérétiques, l'esclavage, la responsabilité collective. Ce serait, d'après lui, le seul véritable ordre public international.

a tenté dans l'ordre des rapports privés à faire à l'un et à l'autre son domaine séparé; Phillimore, de Holtzendorff, de Bar[1] ont cherché à résoudre la question par une semblable délimitation ; plus souvent on s'est borné à reconnaître l'influence du droit des gens sur la formation du droit international privé, sans essayer de la préciser et tout en enseignant que les deux branches du droit international forment cependant, au point de vue scientifique, deux disciplines distinctes.

C'est ainsi qu'un auteur, relativement ancien, enseigne que les intérêts du commerce peuvent commander à l'État de respecter dans une certaine mesure le droit de l'étranger[2], que d'autres, plus récents[3], se bornent à prendre acte des points de contact du droit international privé et du droit des gens. Ces auteurs paraissent tous de l'avis de Savigny[4], suivant lequel les ressemblances des deux disciplines sont justes en principe, mais ne peuvent aider en rien à la solution des questions qu'il embrasse. Enfin, quelques-uns paraissent enclins à faire rentrer le droit international privé dans le droit des gens, non plus pour reconnaître l'impuissance de celui-ci, comme ces auteurs que nous avons cités plus haut, mais en vue de faire

[1] Phillimore, *loc. cit.*, p. 2 et suiv.; de Holtzendorff dans le *Handbuch des Voelkerrechts*, t. I, § 16, pp. 54 et suiv.; de Bar, *loc. cit.*, t. I, p. 10.

[2] De Waechter dans l'*Archiv*, 1841, p 240.

[3] Weiss, *Traité élémentaire*, pp. 32 et suiv. ; Despagnet, *Précis de droit international privé*, pp. 2 et suiv.; Surville et Arthuys, *Introd.*, p. 10 ; Lainé, *loc. cit.*, t. I, pp. 5 et suiv ; de Bustamante, *loc. cit.*, pp. 127 et suiv.; Rolin, *loc. cit.*, pp. 9 à 12 ; Gemma (*Propedeutica al diritto internazionale privato*, pp. 10 et suiv.), qui appartient à ce parti de transaction et aussi d'indécision, attache une grande importance à cette idée, exprimée par Gabba, qu'il n'y a pas, à la vérité, des conflits de lois, mais bien des conflits entre personnes soumises à des lois différentes. Nous ne saisissons pas la portée de cette observation. Gemma n'admet pas que le droit international privé doive subir l'influence du droit des gens, si ce n'est peut-être à titre de limite de l'application de ses principes En même temps, il ne pense pas que le droit international privé soit une simple émanation du droit national. S'il n'est ni national ni international, quel droit est-ce donc que ce droit-là ?

[4] Savigny, *loc. cit.*, pp. 27 et suiv.

découler des lois qui régissent les rapports des États des principes de solution pour les difficultés qui appartiennent au domaine du droit international privé[1]. En résumé, le sentiment qui prédomine dans l'école nouvelle sur ce point capital est qu'il existe des rapports indéniables entre les deux branches du droit international, mais qu'il existe aussi de l'une à l'autre des différences notables qui s'opposent à ce que l'on puisse méthodiquement les comprendre dans le cadre d'une même discipline.

Quelles sont donc ces différences? On en cite plusieurs d'importance très inégale. Ainsi on remarque que le droit international privé peut être concentré dans des articles de lois, exprimé dans des jugements, deux sources de droit étrangères au droit international public. Cette dif-

[1] Klüber, *Droit des gens moderne de l'Europe*, §§ 54, 55 ; Heffter, *Droit international*, pp. 83 et suiv.; de Kloeppel, *Die leitenden Grundsaetze* dans la *Zeitschrift fur intern. Priv. und Strafrecht*, 1891, pp. 40 et suiv.; Mancini, *De l'utilité, etc.*, cl. 1875, pp. 221 et 285 ; Fiore, *Droit intern. privé*, p. 7. C'est Mailhé de Chassat (*Traité des statuts*, pp. 214 et suiv.) qui a le mieux aperçu, suivant nous, la véritable nature des questions faisant l'objet du droit international privé. Voici un passage de cet auteur qui, à ce point de vue, nous paraît tout à fait remarquable : « Puisque la sociabilité est de l'essence de l'espèce humaine..... l'associé ou le membre d'un corps politique qui se trouve dans une autre souveraineté que la sienne emporte nécessairement avec lui les garanties du droit naturel inhérentes au corps dont il fait partie. Il est donc fondé à dire à la souveraineté étrangère : ce n'est pas un homme, un simple individu qui vient vous imposer l'obligation de reconnaître en lui une loi qui n'est pas la vôtre ; c'est une souveraineté étrangère qui vous demande par mon organe de consacrer en moi tous les effets de ma nationalité, c'est-à-dire de son droit naturel. C'est non de ma personne mais de mon association que dérive mon droit. Je vous demande donc, au nom du corps dont je fais partie, comme je vous demanderais l'eau et le feu, l'application de la loi de mon pays qui définit ma nationalité et m'en assure les effets. C'est la personne politique ainsi définie qui réclame de vous l'application rigoureuse des préceptes du droit naturel. En contestant ma demande vous contesteriez le droit public de mon pays...., etc. » La question est très bien posée. Il faut reconnaître, du reste, que les raisonnements de l'auteur manquent de rigueur. Aussi nous ne prétendons nullement les adopter. Ce n'est pas sur la notion fuyante du droit naturel que l'on peut appuyer une bonne théorie du droit international privé.

férence n'est pas très exacte, car l'on rencontre sur divers sujets, notamment en matière de neutralité, de prises, de privilèges des États ou des agents diplomatiques, de véritables lois, de véritables jugements. Fût-elle exacte même qu'elle ne signifierait encore rien. La loi, le jugement d'une part, comme le traité ou la coutume d'autre part, sont pour le droit international non de véritables sources, mais des canaux, de simples moyens destinés à procurer leur exécution. L'insertion d'un précepte positif dans une loi n'en change pas la nature, et, si ce précepte est une règle du droit des gens, son autorité n'en demeure pas moins supérieure à celle de la loi dont le concours lui a été prêté pour assurer son observation dans le pays pour lequel cette loi a été écrite. On pourrait dire aussi que le droit international privé, nécessitant des études plus minutieuses que celles qui forment l'objet du droit des gens, trouve tout avantage a être isolé de lui. En cela on aurait parfaitement raison (et cette habitude est pour beaucoup dans les idées qui règnent sur ce sujet), mais encore une fois cela ne signifie rien quant à la séparation ou à l'identité des deux sciences.

La seule différence sérieuse que l'on puisse alléguer consiste en ce que le droit des gens a pour objet la réglementation des intérêts des États, tandis que le droit international privé ne vise que les intérêts des simples particuliers. Cette différence est le grand argument de tous ceux qui jugent nécessaire d'établir une séparation fondamentale entre les deux branches du droit international.

Elle a trouvé son expression la plus nette dans ce passage d'un auteur contemporain : « On voit d'après cela quelle différence profonde sépare les deux branches du droit international. Le droit public a en vue les intérêts généraux des peuples, le droit privé les intérêts particuliers des individus Le premier gouverne des rapports directement formés entre les États, le second des rapports indirects, nés eux-mêmes du contact des législations nationales; on serait tenté de dire de celui-là

qu'il est vraiment le *jus inter gentes*, de celui-ci qu'il est plutôt le *jus inter gentium leges*. Enfin, tandis que l'un cherche ses prescriptions hors des législations nationales, dans des considérations qui leur sont étrangères, en sorte qu'il en est absolument distinct, le second, ayant à dire laquelle de plusieurs lois en conflit doit s'appliquer à tel ou tel rapport de droit, puisera ses règles dans la connaissance intime de ces lois elles-mêmes et dans l'examen attentif de l'objet qu'elles se proposent. Le droit international public sera donc surtout l'œuvre des hommes d'État, le droit international privé celle des jurisconsultes. Et de cette différence capitale tenant à l'objet du droit une autre dérive, presque aussi importante, relative à la sanction que le droit peut recevoir : comme, en tout lieu, les conflits de lois s'élèvent au cours des contestations portées devant le pouvoir judiciaire, les règles du droit international privé sont appliquées par les tribunaux et exécutées avec leurs jugements[1]. »

Voici donc une opposition bien tranchée reposant tout entière sur cette idée, qu'une question concernant les intérêts généraux des peuples est essentiellement différente d'une question relative aux intérêts particuliers des individus, l'une appartenant nécessairement au droit public, l'autre non moins nécessairement au droit privé. Nous contestons absolument le bien fondé de cette opposition. Il est possible qu'une question concernant les intérêts généraux des peuples soit du ressort du droit privé, et cela arrive en fait toutes les fois où des États font

[1] Lain, *loc. cit.*, pp. 5 et suiv. Notre savant collègue reconnaît, du reste, que sur certains points (nationalité, condition des étrangers, exécution des jugements étrangers) le droit international privé se confond presque avec le droit international public. V. aussi Jitta (*Méthode*, pp. 34 et suiv.) qui enseigne que la nature des relations juridiques embrassées par notre science dépend exclusivement de la qualité des personnes intéressées. Ce point de vue, très contestable, ne saurait être adopté en droit intérieur sans faire entrer dans le droit privé quantité de matières réputées parties intégrantes du droit public, par exemple, l'expropriation, les dommages causés par les travaux publics, les pensions, etc.

ensemble des contrats analogues à ceux que pourraient faire des particuliers. Des ventes d'armes, de vaisseaux de guerre, de monnaies, de billets de banque, de matériel de chemins de fer, sont des actes d'intérêt général. Seront-ils pour cela soustraits à l'empire des règles du droit privé? Inversement, il est fort possible qu'un rapport concernant les intérêts privés des individus subisse cependant l'influence des règles du droit public. Les armements en course, les contrats relatifs au recrutement de combattants pour le compte d'un belligérant étranger, certaines fournitures de matériel de guerre sont des affaires établissant des relations de droit privé entre les personnes qui s'y livrent et il n'est pas douteux cependant que la validité des opérations faites, les effets qui pourront y être attachés, la sanction qui leur sera donnée ne dépendront pas seulement du droit privé mais aussi et avant tout des règles du droit des gens sur la neutralité[1].

Le criterium est donc insuffisant. On ne peut pas déduire la distinction de nos deux branches du droit de la nature des intérêts en présence; il faut aller plus loin, scruter un peu plus profondément la matière, et parce que le droit public a essentiellement pour objet les attributs de la souveraineté, il faut se demander si nos questions intéressent les souverainetés en présence. L'analyse de ce point peut nous apprendre seule si elles appartiennent au droit international public ou si l'on a raison de les en séparer. A ce point de vue il n'est point douteux que l'objet du droit international privé intéresse directement la souveraineté des États.

23) Reprenons, pour le démontrer, les diverses questions qui appartiennent au domaine de notre science. Nous

[1] Meili (*Das internationale Civil und Handelsrecht*, t. I, p. 164) soutient, il est vrai, que souvent il ne s'agit pas de tracer des limites entre l'autorité du droit interne et l'autorité du droit étranger mais de trouver les solutions concrètes des conflits particuliers dans la vie juridique privée. Ce ne sont là que des mots et ils me rappellent ce financier dont le système consistait à demander plus à l'impôt et moins aux contribuables !

rencontrons en premier lieu la condition des étrangers. L'aspect international de cette théorie peut se traduire très exactement par les deux questions suivantes : Quels droits *doivent* dans un pays quelconque être accordés aux étrangers? Quels droits *peuvent* être accordés aux étrangers? ou, si on aime mieux, être résumé dans cette question unique : Quelles sont les limites de la liberté de l'État dans ses rapports avec l'étranger? Dès maintenant, il est facile de prévoir ce qui bornera dans les deux sens susmentionnés le pouvoir de l'État à l'égard de l'étranger. Ce sera, d'une part le souci de sa propre souveraineté qui l'empêchera d'établir entre l'étranger et le national une égalité trop complète qui risquerait, à un moment donné, de laisser tomber la souveraineté nationale en des mains étrangères, d'autre part la considération de la souveraineté étrangère qui ne souffrirait pas que l'on méconnût les liens qui la rattachent à son sujet, pas davantage qu'on privât ce dernier des droits qui appartiennent au peuple, dont il fait partie, particulièrement du droit au commerce international. Cette question concerne de toute évidence les intérêts communs des nations et les droits de leurs souverainetés respectives.

L'analyse des conflits est à cet égard plus délicate, mais tout aussi concluante. Observons qu'en ce qui les concerne une confusion est au moins excusable. Les conflits naissent devant les tribunaux à l'occasion de rapports de famille, de droits réels ou personnels, d'exécution, de procédure, en un mot de droits privés, et il peut paraître très naturel d'en conclure qu'ils rentrent eux-mêmes dans le droit privé. Cette conclusion est inexacte cependant et procède d'une analyse tout à fait superficielle de la nature des conflits. Chaque fois que plusieurs lois entrent en concurrence et qu'un doute existe quant à la détermination de celle qui doit être appliquée, ce qui est, nous le savons, la caractéristique du conflit, il se pose deux questions distinctes : 1° quelle est la loi à appliquer; 2° quelles sont les dispositions de cette loi touchant le point en litige. Ces

deux questions n'ont point du tout la même nature; seule la première concerne les limites de l'empire des lois des divers pays et appelle pour sa solution l'établissement d'un système commun de conciliation. Quant à la seconde, c'est une pure question d'interprétation de la loi choisie, question de droit intérieur lorsque préférence est donnée à la loi locale, question de droit étranger dans le cas contraire, jamais question de droit international, car elle ne touche jamais aux rapports existant entre les diverses législations. Le seul point international que puisse impliquer notre seconde question concerne l'office du juge et ses devoirs quant à l'application de la loi étrangère; encore ce point n'a-t-il rien de spécial aux conflits et se trouve-t-il également dans les cas où, en dehors de tout conflit, le juge doit emprunter à une législation étrangère les éléments de sa décision.

La caractéristique commune aux conflits est le doute sur la législation à appliquer, la seule difficulté qui leur soit propre est dans le choix à faire entre les diverses lois invoquées au procès. Quelle est en réalité la nature de cette question? Lorsque de deux lois entre lesquelles le doute existe on se demande quelle est celle qui doit être appliquée, la question posée ne peut avoir, au point de vue international, qu'une signification unique qui est celle-ci : de ces deux législations, laquelle a le droit d'étendre son autorité au rapport en litige, et, comme la loi n'a elle-même d'autorité que parce qu'elle est l'expression de la volonté d'un législateur, elle peut plus justement encore se formuler ainsi : Quel est le législateur, c'est-à-dire le souverain, qui a le droit de voir ses prescriptions obéies quant au rapport en question. La question de compétence à laquelle revient toute question de conflit est donc une question de compétence entre législateurs, entre souverains. Toute question de conflits de lois est une question de conflit de souverainetés[1]. Et cela est si vrai que plusieurs

[1] Un exemple fera apparaître bien mieux l'impossibilité de séparer ici

des auteurs modernes qui défendent encore l'ancien principe de la territorialité des lois, Fœlix entre autres, le font dériver directement du caractère absolu de la souveraineté territoriale, ce qui, au surplus, était déjà l'idée de d'Argentré et de ses disciples.

Ces jurisconsultes arrivent à une conclusion erronée, parce qu'ils ne tiennent pas compte d'un facteur essentiel, la pénétration réciproque des souverainetés qui résulte du commerce international, l'existence d'une souveraineté personnelle et extérieure à côté de la souveraineté territoriale et intérieure, mais leur point de départ n'en est pas moins juste. La question de la portée à donner dans l'espace (suivant l'expression de Savigny) aux lois civiles est en réalité une question concernant la portée de la souveraineté du législateur qui les a faites et à l'autorité duquel elles empruntent leur propre compétence. Il n'est pas un conflit qui ne se ramène à ces termes derniers et qui ne soit en réalité un conflit de souverainetés. On objectera peut-être à cela que les conflits de lois ne naissent pas seulement entre États différents mais aussi entre provinces sujettes à une seule et même souveraineté, que, dans ce cas, un conflit de souverainetés serait inintelligible. Cette objection ne doit pas nous arrêter. Lorsque des provinces ont gardé leur autonomie en matière de législation, elles ont retenu par là même une part de la souveraineté qui d'ordinaire leur a appartenu dans des temps plus anciens ; elles sont demeurées individuellement souveraines et les conflits que fait naître le choc de leurs coutumes sont bien encore des conflits de souverainetés. La seule particularité de cette hypothèse, déjà signalée par nous,

le domaine du droit public de celui du droit privé. Un ambassadeur emprunte de l'argent. S'il reconnaît sa dette et consent à la payer, son contrat est du ressort du droit international privé ; s'il résiste et refuse, il tombe sous l'empire du droit public international. Cet exemple prouve qu'un contrat de droit privé peut fort bien mettre en jeu les principes du droit des gens. Il en est ainsi chaque fois qu'une question de droit privé exige pour être résolue que le juge statue sur les limites de l'autorité de la loi.

est que le remède aux conflits est plus facile, le pouvoir central pouvant être investi du droit de les trancher[1].

Cette analyse montre bien la distance qui sépare les questions de notre domaine de celles qui concernent le droit privé intérieur. Il arrive aussi qu'à l'occasion de l'une de ces dernières on se demande quelle loi doit être appliquée, de la loi civile ou de la loi commerciale, par exemple. Mais ces deux lois étant l'émanation d'une seule et même souveraineté, aucune question de rapports entre souverainetés différentes et respectivement indépendantes l'une de l'autre (dans la mesure où elles peuvent l'être) n'est présente dans l'hypothèse. On se trouve dans le domaine du pur droit privé.

24) Les développements qui précèdent font voir de quelle illusion on est le jouet lorsque l'on veut à toute force faire rentrer les conflits de lois dans le droit privé. On s'attache alors à la seconde de nos deux questions qui précisément n'est pas internationale et on néglige la première qui seule mérite cette qualification. Le droit privé n'a presque rien de commun avec notre science. Il exerce son ministère entre personnes toutes soumises au même souverain, à la même loi, il n'a dans son domaine que des questions ressortissant à l'interprétation de cette loi; il ne comprend que des difficultés touchant au sens du texte de cette même loi et à la partie des principes dont son auteur s'est inspiré. Pénétrer les intentions du législateur, telle est la mission du juge lorsqu'il résout une question de droit privé ou encore lorsqu'il tranche un conflit prévu par sa loi nationale. Mais notre devoir à nous qui nous efforçons d'édifier un système juridique vraiment international est tout différent. Nous n'avons rien à considérer que les rapports naturels des souverainetés et notre œuvre a pour but de tracer la limite que chacune d'entre elles peut at-

[1] V. sur ce point notre étude : *Le droit international privé considéré dans ses rapports avec le droit international public*, pp. 14 et suiv.

atteindre et ne doit pas dépasser dans ses rapports avec les autres.

S'il faut tracer un parallèle entre le droit intérieur et le droit international, c'est bien plutôt le droit public interne qui nous en donnera l'occasion. L'hypothèse d'une fédération nous le fournira. Cet attribut de la souveraineté que l'on appelle le pouvoir législatif est alors partagé entre l'autorité fédérale et les États particuliers. Si ce partage s'étend jusqu'au droit civil, ce qui est le cas en Suisse ou dans les États-Unis d'Amérique par exemple, il y aura alors dans l'étendue du pays des conflits entre la législation fédérale et les lois particulières des États membres de la fédération, conflits entre souverainetés également et assez semblables aux nôtres, à cette différence près que ceux-là naissent entre souverainetés inégales et superposées l'une à l'autre, tandis que ceux-ci existent entre souverainetés égales et juxtaposées. Il n'est pas inutile de remarquer que dans les républiques italiennes du moyen âge, lorsque pour la première fois la matière des conflits attira l'attention des jurisconsultes, c'est précisément sous cette forme qu'ils se présentaient. Ils existaient entre le droit romain, droit de l'Empire, droit supérieur, droit commun, et les statuts particuliers des cités, aussi bien que dans les rapports de ces derniers entre eux. Il est intéressant aussi de rappeler que ces premiers maîtres rattachaient leurs explications à la loi *Cunctos populos,* loi relative à l'étendue de la souveraineté des empereurs romains. En cela ils faisaient preuve de plus de jugement que ceux qui prétendirent plus tard tirer de la seule considération de l'objet des statuts les éléments d'un système juridique international.

Même dans le domaine du droit public d'un État unitaire une analogie peut être citée. On reconnaît que l'homme jouit, en principe et sans exception possible, de certains droits supérieurs à l'autorité de la loi, droits que la constitution lui garantit parfois, mais qui n'en existent pas moins lorsqu'elle est demeurée muette. Ce sont les

droits publics de l'individu au sens étroit du mot, la liberté individuelle, la liberté de conscience, l'inviolabilité du domicile, auxquels on ajoute quelquefois la liberté de la parole et de la plume. S'il se présente un conflit entre la législation intérieure et un droit de cette sorte, il est assez semblable aux nôtres et l'on peut dire qu'ici encore deux souverainetés sont en présence, celle de l'individu et celle de l'État; la science devra se préoccuper de limiter le champ de leur action respective. Malheureusement les particuliers n'ayant pour la garantie de ces droits publics d'autre organe ni d'autre garant que l'État, leur contradicteur désigné, il arrive que l'État est, dans la cause, à la fois juge et partie.

Nous avons insisté sur ce point d'analyse qui était essentiel. Passons maintenant à l'effet international des droits acquis. Ici un simple mot suffira. Lorsqu'un État admet sur son territoire l'effet d'un droit acquis à l'étranger, il est évident qu'il exprime par là sa déférence pour l'autorité de l'État étranger sous l'égide et par les lois duquel ce droit a été acquis. Le fait même de cette admission ne peut pas aller sans une reconnaissance implicite de la souveraineté étrangère. Et inversement, s'il refuse toute sanction à ce droit d'origine étrangère, comment pourrait-il justifier son refus si ce n'est par des raisons tirées des exigences de sa propre souveraineté ? La chose est, en vérité, si certaine qu'il est inutile d'insister davantage.

25) De l'examen auquel nous venons de nous livrer nous sommes donc en droit de conclure que toutes les questions qui font l'objet du droit international privé concernent au premier chef la souveraineté des États et ne se distinguent en rien par leur nature de celles que l'on a coutume de faire rentrer dans le droit des gens. Ces questions concernent la souveraineté et j'ajoute qu'elles l'intéressent au plus haut degré. Cette affirmation semblera peut-être audacieuse et l'on y répondra que l'on ne voit pas quel intérêt l'État peut avoir à ce qu'une question de

propriété ou de succession concernant un de ses nationaux soit jugée à l'étranger suivant une loi ou suivant une autre loi. Sans doute l'État ne gagnera pas une extension de territoire à une observation exacte des principes du droit international privé, mais il y gagnera de voir ses sujets développer sous la protection de ce droit leurs relations avec l'étranger; il y gagnera dans ses relations extérieures cette confiance, cette sécurité que donne l'application exacte et constante du droit. Le domaine normal de ses lois sera reconnu, il reconnaîtra en retour l'empire parallèle des lois étrangères, sa participation au commerce international sera aussi pleine et aussi fructueuse que possible. N'y a-t-il pas là pour l'État un intérêt de tout premier ordre? Autant vaudrait dire que dans les limites de son propre territoire, l'État n'a aucun intérêt appréciable à ce que les citoyens vivent sous l'empire du droit ou au milieu du tumulte d'une perpétuelle anarchie.

Objectera-t-on, en dernière analyse, à notre conception que les États eux-mêmes, ces premiers intéressés, ne traitent pas ces matières comme faisant l'objet du droit international public, comme engendrant à leur profit ou à leurs charges des droits véritables, de véritables obligations? Dans cet ordre d'idées on dira volontiers que les États n'ont point coutume d'appliquer en cette matière les sanctions qu'ils mettent en œuvre lorsque leurs droits ont été méconnus ou violés. On n'entend pas parler de réclamations diplomatiques basées sur des infractions à des principes de droit international privé, pas davantage de représailles. On dit quelquefois plus brièvement : on ne fait pas la guerre pour des différends touchant au droit privé. Cette dernière affirmation paraissait récemment encore l'évidence même, elle est aujourd'hui bien affaiblie, car nous avons vu une guerre sanglante se poursuivre qui a eu son origine principale dans un conflit compris dans le domaine de notre science. N'insistons pas sur un événement que nous reconnaissons être tout à fait exceptionnel.

[illegible] de sanctions internationales [illegible] qu'elles ne peuvent rien contre [illegible] droit international privé [illegible]

[1] [illegible] la disposition très générale de [illegible] qui autorise le [illegible] fédéral à exercer contre un [illegible] des mesures de [illegible] dispositions générales de la [illegible] sont nécessaires pour la plupart [illegible] le cas où un État étranger [illegible] de droit international privé préjudiciables aux [illegible]

26) Mais il ne suffit pas d'avoir montré le lien qui unit ces deux sciences, il faut maintenant rechercher dans le droit des gens la base des principes du droit international privé. Les idées les plus générales que l'on doit d'abord exprimer ici sont celles de l'égalité, droit des États (civilisés) quant au droit de législation civile ou criminelle et de la pénétration réciproque de leur souveraineté. Il suffit de mentionner le premier principe qui est universellement reconnu, quant au second il traduit un phénomène social incontestable, quoique peut-être moins observé, et qui est la résultante directe des rapports entre nations. Du jour où les États se sont livrés au commerce international et ont réciproquement autorisé leurs sujets à s'y livrer, ils ont tacitement consenti à la pénétration mutuelle de leurs souverainetés. S'il fallait assigner une origine à cette pénétration, nous devrions pour la trouver remonter jusqu'à l'époque où la qualité d'étranger a été pour la personne la cause d'un traitement juridique distinct de celui du regnicole. Dès cette époque et sur toute l'étendue de la communauté internationale les souverainetés diverses se sont rencontrées, heurtées, combinées, elles se sont, comme nous le disions, réciproquement pénétrées, elles ont, le plus souvent sans s'en douter, coopéré à une œuvre commune, la réglementation juridique de la vie internationale[1].

Ce phénomène en a entraîné un autre, mis en lumière

[1] Ce n'est point aller assez loin et ce n'est pas donner au droit international privé une base vraiment juridique que de présenter (Zitelmann, *loc. cit.*, p. 80) les sacrifices qu'il impose aux États comme compensés et au delà par les avantages qu'ils tirent du commerce international. Du jour où certaines personnes se sont livrées à des actes de commerce international, elles se sont fatalement placées en même temps dans le ressort de plusieurs souverainetés différentes. Dès ce jour, il a fallu départager l'empire de ces souverainetés sur ces personnes et mesurer le domaine de leurs lois respectives, ce à quoi on ne saurait aboutir sans sacrifier les unes au profit des autres. C'est une nécessité sociale inéluctable et non pas seulement une question de convenance qui a fait établir ces limitations.

par l'excellent jurisconsulte écossais James Lorimer[1], celui de la reconnaissance des États. Un État quelconque ne peut ignorer les autres États, méconnaître leur existence que tout autant qu'il vit entièrement séparé d'eux, hypothèse à peu près irréalisable de nos jours. Du moment où il entre en relations avec eux, du moment où il souffre même simplement que ses sujets pratiquent un commerce quelconque avec les leurs, il les reconnaît, et dans cette reconnaissance Lorimer a vu avec raison la source de toutes les obligations internationales. Qu'est-ce exactement que cette reconnaissance et quelles conséquences comporte-t-elle en particulier en matière de droit privé? Pour Lorimer la reconnaissance est la constatation de l'existence indépendante d'un État. Il me semble qu'il y a quelque chose de plus dans cette idée de reconnaissance et que sa définition doit au moins être développée. Un État qui en reconnaît un autre le considère non seulement comme une communauté de fait existant en dehors de lui, mais comme une communauté juridique semblable à lui, comme un souverain exerçant les fonctions qu'il exerce, possédant les attributs qu'il revendique pour lui-même. Telle est la conséquence directe de l'égalité des États et de la pénétration réciproque de leurs souverainetés par la voie du commerce international. Et comme cette reconnaissance serait un mot vide de sens si elle ne se traduisait sur le terrain des faits par une conduite conforme à l'idée qu'elle renferme, son résultat direct est d'obliger chaque État à respecter la souveraineté des autres États[2].

[1] Lorimer, *Principes* ed. Nys *passim*, part : p. 72. Touchant la reconnaissance considérée comme base première du droit international privé, v. Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, pp. 79 et suiv.

[2] Cf. Lorimer, *loc. cit.*; Jellinek, *System der subjektiven offentlichen Rechte*, pp. 302 et suiv.; Heilborn, *Das System des Voelkerrechts*, pp. 314 et suiv. M. le professeur Jitta est de tous les jurisconsultes celui qui nous paraît avoir sur ce point approché de plus près la vérité. Il définit parfaitement (*loc. cit.*, pp. 70 et suiv.) la portée de la reconnaissance, disant que « chaque État est obligé de reconnaître dans les autres États des autorités de droit public exerçant dans leur sphère la même mission

27) Suivons cette idée dans son application au droit privé. Le droit de législation privée est une des fonctions essentielles de l'État, fonction digne par son titre seul du respect des autres États, et pouvant réclamer ce respect comme une obligation de ses égaux. De là une première conséquence pratique, c'est que dans les cas de concurrence de lois où il n'y a pas véritablement conflit, c'est-à-dire où l'on peut donner satisfaction à toutes les souverainetés en présence, on doit le faire et la prépondérance

que celle qu'il exerce dans la sienne et de s'associer aux autres États dans les mesures générales qui ont pour but le maintien du droit dans l'humanité ». Il dit aussi très exactement que c'est cette reconnaissance et ce devoir social commun qui transforment la communauté de fait entre États en une véritable communauté juridique. Il admet, par suite, une influence du droit des gens sur le droit international privé, mais il conteste que le droit des gens soit la source unique et déterminante des règles du droit international privé, alléguant que l'État n'est pas obligé d'appliquer une loi étrangère toutes les fois où elle s'est déclarée applicable, qu'il serait, du reste, dans l'impossibilité de donner en même temps satisfaction à plusieurs lois étrangères qui prétendraient toutes être appliquées. Sa conclusion est que l'État ne doit donner ouverture à la loi étrangère qu'autant que, d'après sa conscience individuelle et en tenant compte de toutes les conditions de l'individualité des hommes, cette loi lui paraît être la loi compétente. Entre l'opinion de notre savant collègue et la nôtre la divergence n'est pas très grande et se réduit à ceci : M. Jitta paraît croire que la reconnaissance d'un État étranger devrait avoir pour conséquence rigoureuse l'application des lois de cet État à l'étranger toutes les fois où lui-même les a déclarées applicables. Nous le contestons absolument. Le droit des gens repose sur l'idée de l'égalité des États et ne saurait faire de l'un le serviteur aveugle de l'autre. Il n'autorise pas davantage ce dernier à mesurer à son gré et d'après sa conscience individuelle les égards qu'il aura pour la législation du premier, il les oblige l'un et l'autre à respecter mutuellement leurs souverainetés égales et à souffrir la pénétration réciproque de leurs lois civiles lorsque celle-ci est commandée non pas par la volonté de l'un ou de l'autre des États intéressés, mais par une loi commune de conciliation qui doit être, suivant moi, la loi du plus grand respect de leurs souverainetés. Dans notre opinion, aucune des difficultés relevées par M. Jitta ne se présente et la doctrine demeure fidèle à ce fait incontestable que les questions internationales d'ordre privé intéressent au premier chef la souveraineté des États et doivent être logiquement résolues par des considérations déduites de cette même souveraineté. Voir, sur ce point, notre brochure : *Les droits fondamentaux des États*, etc., *R. D. I. P.*, 1898, pp. 236 et suiv.).

inutile donnée à une loi sur une autre loi constituerait par elle-même un abus condamnable. Si l'on suppose des personnes de statut personnel différent contractant ensemble dans un lieu qui n'est soumis à aucune souveraineté, en pleine mer par exemple ou au cours d'une expédition dans des régions inconnues, on appliquera sans difficulté à chacune de ces personnes sa loi de capacité propre. Il n'y a pas de conflit et ces diverses lois étant l'expression d'autant de souverainetés semblables et égales entre elles méritent toutes d'être respectées.

Mais le plus souvent il n'en est pas ainsi, il y a collision véritable, il faut faire un choix, sacrifier une loi à une autre loi. La question devient plus délicate. Voici quels seront dans ce cas les traits généraux de notre méthode. Nous considérerons que derrière ces prétentions particulières d'origines diverses, qui se réclament de systèmes juridiques différents, se trouvent des États dont la souveraineté est seule véritablement en jeu. Nous examinerons à quel titre chacun d'eux peut réclamer la préférence pour ses propres droits et, comme le titre commun de l'État est dans les fonctions qu'il exerce, quel intérêt de fonction il possède à ce que sa prétention soit agréée. S'il s'agit par exemple de deux lois entre lesquelles on hésite, nous rechercherons quel intérêt présente l'application de chacune d'elles pour l'État duquel elle émane et qu'elle représente. Puis, comme les États sont égaux et que toute préférence arbitraire entre eux est contradictoire à l'idée même de droit international, nous donnerons dans tous les cas la préférence à l'État qui aura justifié de l'intérêt le plus considérable dans la solution de la question. C'est ce que l'on peut appeler la loi du maximum de respect des souverainetés entre elles, c'est évidemment celle qui rapproche davantage la communauté internationale de l'état de droit d'une communauté nationale soumise à l'empire d'une seule souveraineté [1].

[1] Le principe général auquel aboutit notre méthode se rapproche beaucoup de la définition du droit d'après Kant, et même si l'on consi-

Bien que cette idée soit ici pour la première fois érigée en base de doctrine, on commettrait une grave erreur en pensant qu'elle est demeurée jusqu'ici étrangère aux décisions de la pratique. Si la territorialité des lois pénales (admise seulement sous réserves par les postglossateurs) est depuis longtemps devenue un dogme c'est qu'elle intéresse directement le maintien de l'ordre et de la paix à l'intérieur de l'État. De même la nationalité de l'étranger n'est universellement reconnue et respectée que parce que ce respect est nécessaire à la pratique du commerce international. Il arrive souvent ainsi que certaines idées s'imposent d'elles-mêmes à l'observation longtemps avant que leur rôle n'ait été défini, simplement parce qu'il est impossible de les négliger dans l'application.

28) Pour arriver à la formule fort simple que nous avons donnée, nous avons dû passer par bien des idées abstraites que nous eussions voulu pouvoir épargner à notre lecteur. Mais nous tenions à lui en découvrir jusqu'aux derniers fondements et nous voulions lui montrer que le principe de notre méthode se déduit d'une suite de raisonnements correspondant tous à des faits sociaux incontestables. Ce principe domine le droit international tout entier[1]. Nous ne nous occuperons ici que de son influence

dère que la souveraineté est bien la liberté de l'État dans ce qu'elle a de rationnellement intelligible et de légitime, il se confond tout à fait avec elle et peut être présentée en ces termes : c'est le principe d'après lequel la souveraineté (ou liberté) de chacun peut coexister avec la souveraineté de tous, d'après un principe général de respect de la souveraineté (cf. Ahrens, *Cours de droit naturel,* Introd., pp. 28 et suiv.).

[1] Il n'est pas inutile d'observer que cette idée du respect mutuel imposé aux États pour leur souveraineté est également, suivant nous, le principe fondamental du droit international public. Dans ce domaine nous rencontrons également des conflits entre les droits attachés à la souveraineté des États; seulement ces conflits ne se présentent pas entre les droits de législation civile, ils sont plus généraux et peuvent surgir au sujet d'attributions quelconques de l'État (domaine, commerce et navigation, représentation, traités). Nous les résoudrons de même par la comparaison de l'intérêt que présente pour chacun des États en pré-

sur le droit international privé, mais nous pouvons annoncer dès maintenant que toutes les idées théoriques que nous exposerons successivement seront autant de déductions de cette idée fondamentale.

Il n'est pas inutile de préciser dès à présent le point de vue qui sera le nôtre et de faire voir la distance qui le sépare de celui qui est communément adopté par la doctrine. Tous les auteurs qui repoussent l'idée de l'identité de nature des deux branches du droit international sont poussés par une force invincible à chercher dans les circonstances de l'application de la loi la portée internationale qu'il convient de lui donner. Ils considèrent les personnes dont le législateur a entendu régler la condition, les biens qu'il a voulu soumettre à ses commandements, les circonstances de l'acte juridique qu'il a prévu et réglementé. Ces circonstances sont sans doute de nature à éclairer l'interprète touchant la portée intérieure de la loi, car elles révéleront l'intention du législateur, et la portée intérieure de la loi dépend d'abord de la volonté de celui qui avait le droit de la faire et qui l'a faite. Appliquée à la portée extérieure de la même loi cette méthode est doublement vicieuse. Elle ne tient pas compte des différences qui peuvent exister d'une loi à une autre sur les points qu'elle considère; c'est un défaut qu'a mis en relief notre collègue M. Bartin dans sa théorie des qualifications que nous étudierons plus loin. Puis en supposant même qu'une doctrine exceptionnellement sage et prudente s'appuie exclusivement sur les caractères communs aux lois du même ordre, sur ceux qu'elles possèdent dans tous les pays, pour fixer le régime inter-

sence l'acte au sujet duquel le conflit s'est élevé. C'est la seule solution rationnelle des conflits, car, entre deux prétentions inconciliables et fondées l'une et l'autre sur un intérêt légitime (c'est-à-dire conforme au but de la souveraineté), la justice veut que l'on choisisse celle qui représente l'intérêt le plus grand. Cette solution est évidemment celle qui sert le mieux les intérêts de la société internationale (cf. nos *Droits fondamentaux des États dans l'ordre des rapports internationaux*, pp. 32 et suiv.).

national propre à ces lois, elle présente un autre vice. Elle est impuissante à expliquer que les conséquences des principes qu'elle dégage soient obligatoires entre des États réputés par elle indépendants les uns des autres quant à l'exercice de leur droit de législation. Aussi ne l'explique-t-elle pas. Notre art. 3, § 3, dispose que les lois d'état et de capacité suivent les Français à l'étranger. C'est un principe élémentaire. Quelque concordance que l'on découvre entre cette solution et la nature des lois en question, on ne justifiera jamais par là que le législateur français puisse étendre sa juridiction aux conditions de validité d'un acte qui se passe en territoire étranger si l'on ne prend le parti de se hausser jusqu'aux rapports qu'ont entre elles les souverainetés en présence.

Notre méthode sera tout autre et le trait particulier qu'elle présente n'a besoin que d'un mot pour être caractérisé. Nous considérerons les lois non point dans leurs rapports avec les personnes qu'elles régissent mais dans leurs rapports avec les souverainetés dont elles émanent. Nous examinerons ainsi la loi à un point de vue politique, nous demandant à quoi elle sert dans la société pour laquelle elle est faite, quel élément elle représente dans la puissance publique de l'État qui l'a mise en vigueur. Si dans cette voie nous sommes assez heureux pour toucher à certaines idées également vraies dans tous les pays, ces idées auront, elles au moins, une valeur internationale, parce que dans les relations entre peuples tout ce qui intéresse la souveraineté de l'État est jugé digne du respect des autres États. Si, reprenant l'exemple fait plus haut, nous parvenons à démontrer que l'extraterritorialité des lois d'état et de capacité est commandée par le respect dû à la souveraineté du législateur qui les a portées, nous ne nous étonnerons pas de rencontrer dans notre code la disposition de l'art. 3, § 3, et nous en conclurons avec une égale certitude que l'état de l'étranger en France est couvert par un principe identique.

Cette méthode nous fournira peut-être des solutions

moins nombreuses, mais au moins seront-elles sûres et l'esprit ne pourra-t-il pas, après les avoir vérifiées, se poser *l'éternel pourquoi* auquel aboutissent en dernière analyse les doctrines les plus savantes et les mieux conçues.

Un rapprochement intéressant peut être fait ici. On sait que, dans les pays dont la civilisation a gardé quelque chose d'inachevé, les Européens jouissent, en matière de législation et de juridiction, de privilèges exceptionnellement étendus. Émigrant dans ces régions, ils emportent avec eux leurs lois et leurs juges. Quelle est la cause de ce phénomène qui remonte, comme chacun sait, à l'antiquité la plus haute? Elle paraît bien être dans cette circonstance que les souverainetés en présence ne sont ici ni égales ni semblables. C'est pour cela que les lois des uns ne conviennent pas aux autres. Cette dissemblance n'a pas empêché le commerce de poursuivre son œuvre, mais il ne l'a pas poursuivie dans les conditions habituelles et la supériorité d'une civilisation sur l'autre a eu pour effet d'engendrer un respect plus grand des lois de l'étranger [1]. Ce phénomène est généralement tenu pour arbitraire, nous le considérons comme rationnel et inévitable.

Tel est donc notre point de vue. Il est facile d'apercevoir que nous ne l'adoptons point par fantaisie ni par le désir un peu enfantin de suivre des voies nouvelles, mais en vertu d'une nécessité véritable, parce que seul il confère à notre science l'autorité certaine, la force obligatoire essentielle à toute règle de droit.

29) Dans l'application, le point de vue adopté ci-dessus est fécond en conséquences pratiques immédiates. Le droit

[1] Ces dissemblances auraient dû logiquement disparaître par l'effet des stipulations du traité de Paris de 1856. On se rappelle que malgré les instances de la Turquie il n'en a rien été et que les privilèges anciens se sont maintenus intacts. C'est pour nous une très forte raison de penser que l'inégalité des civilisations est un obstacle absolu à l'établissement d'un régime de droit international privé fondé sur des idées d'égalité et de réciprocité.

international privé étant un véritable droit qui lie les États membres de la société des nations, il s'ensuit que sur le territoire de chacun de ces États ses prescriptions doivent jouir de toute l'autorité que la législation intérieure attache aux règles du droit.

Ici, une observation préalable doit trouver sa place. Cette formule ne pourra produire son plein et entier effet que lorsque les diverses nations se seront ralliées à un système général et unique de droit international privé. Notre science formera alors une discipline commune qui s'imposera aux divers législateurs par cette raison péremptoire que le pouvoir législatif est une part de la souveraineté et que la souveraineté particulière de chaque État n'a son libre jeu qu'à la condition de remplir ses obligations envers les autres États. Aussi longtemps que durera l'état actuel de diversité et de séparation que nous connaissons, le droit international privé en vigueur dans chaque État sera celui que cet État reconnaît, c'est ce droit particulier qui jouira sur le territoire de l'État de l'autorité dont il est ici question.

Les mots ont ici une grande importance et nous insistons sur ceux que nous avons employés. Nous disons que le droit international privé particulier à chaque territoire est celui dont l'État local a reconnu l'existence[1]. Ceci signifie qu'à nos yeux, en matière de droit international privé, l'État agit comme *définiteur* plutôt que comme *créateur* du droit, définiteur nécessaire du reste, à défaut d'un législateur suprême qui puisse accomplir cette œuvre de définition pour la communauté internationale tout entière. Une règle de droit international privé détermine fatale-

[1] Cf. dans Zitelmann (I, pp. 73 et suiv.) la distinction faite entre l'*überstaatliches* et l'*innerstaatliches International-Privatrecht* qui se rapproche beaucoup des idées exprimées au texte. Les termes employés par le jurisconsulte allemand ont malheureusement le tort de prêter un peu à l'ambiguïté, car, grammaticalement, ils s'adaptent plus exactement à la distinction des conflits entre États et entre provinces d'un même État.

ment sur un point les rapports des États entre eux et on conçoit qu'une semblable matière dépasse les limites de l'arbitraire d'un État particulier. Il définit la loi telle qu'il considère qu'elle existe, il ne prétend pas au pouvoir de la fabriquer à son gré[1].

Lorsque le législateur français nous dit (art. 3, § 3) que les lois françaises sur l'état et la capacité suivent le Français même résidant en pays étranger, il décide implicitement que d'après lui les lois du lieu de résidence, expression de la souveraineté de l'État de ce lieu, ne s'appliquent pas à la capacité du Français, il détermine donc un rapport entre la souveraineté française et la souveraineté étrangère. Or l'État français qui ne peut prétendre aucune supériorité sur l'État étranger agit évidemment ici comme définiteur et non pas comme maître[2]. Cette remarque n'est pas oiseuse. Il en résulte que si l'on remarque une opposition irréductible entre une définition de droit international privé et une règle du droit intérieur dans une même législation, la définition devra l'emporter sur la règle,

[1] Je ferai ici un rapprochement. Il n'est presque pas de jour dans la vie d'un père de famille où il ne prenne quelque décision qui concerne ses enfants. Il semble qu'il dispose à son gré de la direction à donner à leur existence. En réalité, ce père de famille ne fait rien d'arbitraire, il passe sa vie à définir son devoir envers eux, parce qu'il sait bien qu'en présence des événements quotidiens d'une éducation le législateur est impuissant, heureux encore quand il parvient à écarter les abus les plus criants. Ceci n'est qu'une comparaison, mais cette comparaison montre bien que parfois le droit consiste au plus à permettre à celui qui en est investi de mesurer l'étendue de ses devoirs.

[2] D'après Kahn *(loc. cit. Terminologische Bemerkung*, pp. v et suiv.), la disposition citée au texte serait une règle d'application ou d'extension *(Anwendungsnorm oder Ausdehnungsnorm)* et non pas une règle de limitation *(Abgrenzungsnorm oder Grenznorm)*. La distinction proposée par cet auteur est purement artificielle et ne peut servir qu'à compliquer des problèmes déjà bien assez complexes. Il suffit qu'un législateur déclare une de ses lois applicable à ses sujets à l'étranger ou à des étrangers sur son territoire pour qu'il pose par là même une règle limitant l'effet de ses lois par rapport aux lois étrangères ou, ce qui revient au même, l'empire de sa souveraineté par rapport aux souverainetés étrangères. Toute *Anwendungsnorm* contient une *Abgrenzungsnorm*. Cela est inévitable.

parce que la définition est l'expression d'une loi obligatoire pour l'État, tandis que la règle est l'expression de sa liberté en matière législative intérieure.

Il en résultera encore, à ce qu'il nous semble, une liberté plus grande pour l'interprète. Une définition internationale étant posée par le législateur, l'interprète a le droit de la pousser à toutes ses conséquences sans se laisser arrêter par les obstacles que peut lui offrir la législation intérieure. La raison en est que les définitions internationales et les règles du droit privé ne sont pas de même nature et n'appartiennent pas au même étage de législation. Encore une fois, les unes contiennent des revendications du droit de l'État vis-à-vis des autres et la reconnaissance de ses devoirs envers eux, les autres des règles arrêtées en vertu d'un pouvoir de décision propre qui ne touche que lui, qui n'appartient qu'à lui.

Cette importante observation étant faite, la conséquence principale de nos principes peut être énoncée : en tout pays les règles de droit international privé admises (ou définitions locales) jouissent de toute l'autorité du droit comme constituant l'expression d'une obligation de l'État.

Ceci va nous permettre de traiter avec une certitude suffisante la question si discutée des pouvoirs du juge en droit international privé.

30) Le juge est-il dans l'obligation d'appliquer la loi étrangère lorsque le droit international privé reçu dans son pays commande cette application ou n'a-t-il à cet égard qu'une simple faculté ? La question pour nous n'est pas douteuse. Toutes les fois qu'une définition de droit international privé faite soit par un traité, soit par la loi intérieure, soit par une coutume bien établie, conclut à l'application de la loi étrangère, le juge devra faire lui-même cette application, même dans le cas où les parties ne la réclameraient pas. Obligé d'appliquer le droit consenti par l'État il est, à plus forte raison, obligé d'appliquer le droit qui s'impose à l'État. Notre jurisprudence n'est

point, on le sait, dans ces idées. Poussant à son terme dernier l'idée de territorialité, elle admet que la loi étrangère dépouille chez nous son caractère de loi, qu'elle y devient une pure question de fait, sauf dans le cas où la violation de la loi étrangère deviendrait la source d'une contravention à la loi française, ce qui arrive lorsque l'application de la loi étrangère est commandée par la loi française ou par le texte d'un traité diplomatique[1].

Dans cette conception l'application de la loi étrangère ne sera faite à un litige que si les parties la requièrent et, dans ce cas, les juges accepteront comme étant la loi étrangère ce que les parties leur présentent comme tel. Cette théorie, qui favorise peut-être un peu trop l'indolence des magistrats, est de moins en moins goûtée par la doctrine[2]. Si le droit international privé constitue, comme

[1] Les arrêts qui ont proclamé ce prétendu principe sont presque innombrables. Parmi les plus récents on peut consulter Gênes, 11 décembre 1893, Cl. 99, p. 194; Cass. Turin, 28 avril 1893, Cl. 97, p. 1075; Cass., 1er février 1895, Cl. 97, p. 205 ; Cass. belge, 22 septembre 1896, Cl. 97, p. 845; Cass., 29 décembre 1896, Cl. 97, p. 555; Cass., 2 août 1897, Cl. 98, p. 127. Cette jurisprudence n'est pas pourtant absolument constante. En sens contraire on peut citer dans la même période, Cass. Naples, 26 janvier 1897, Cl. 99, p. 414, un arrêt du sénat dirigeant de Russie du 10 avril 1896, Cl. 97, p. 206, qui a corrigé une fausse interprétation de la loi française, et Cass., 17 janvier 1899, Cl. 99, p. 546, arrêt auquel nous reviendrons plus loin. En admettant que l'application de la loi étrangère ne donne jamais lieu qu'à une question de fait, la jurisprudence paraît considérer que cette application, en dehors des cas où elle est commandée par un texte exprès, ne saurait avoir lieu que par interprétation de la volonté des intéressés. Si, en effet, elle n'a pas sa cause dans l'autorité du droit, elle ne peut la trouver que dans la volonté des parties. En cela la jurisprudence se contredit, car il lui est arrivé de casser, pour violation de l'art. 1134 c. civ., des jugements qui avaient appliqué la loi française au lieu de la loi étrangère adoptée même implicitement par la convention des parties (Cass., 23 février 1864, S., 64-1-385 ; 18 décembre 1872, Cl. 74, p. 240; 4 juin 1880, S., 80-1-428).

[2] La doctrine a sur ce point une attitude assez équivoque. Très généralement elle approuve le principe proclamé par la jurisprudence, mais elle insiste pour que la décision du juge du fait soit soumise à la censure de la Cour de cassation (ce qui est le signe de l'obligation pour le juge) lorsque le renvoi à la loi étrangère n'est qu'indirect, comme en matière de perte de la qualité de Français par naturalisation à l'étranger ou en matière de durée de brevet concédé en France à un inventeur déja bre-

tout le monde le pense, un véritable droit, c'est en vertu d'un droit que les lois étrangères veulent être appliquées et c'est aux magistrats serviteurs du droit qu'il appartient de les évoquer et d'en pénétrer le véritable sens. Les lois étrangères prennent toute l'autorité des lois nationales quand leur application est commandée par un principe de droit international privé admis dans le pays du juge.

Une autre question doit être prévue ici : dans l'interprétation du droit étranger les juges sont-ils liés aux opinions admises dans le pays de la législation duquel il s'agit? Sur ce point il faut répondre négativement. Encore que des juges empruntent peut-être à une législation étrangère la totalité de leur sentence ce n'est pas moins eux qui rendent la justice au nom et sous la responsabilité de l'État auquel ils appartiennent. C'est donc à eux qu'il appartient de pénétrer le sens de la loi étrangère : ils compteront évidemment pour beaucoup les opinions dominantes dans le pays étranger, mais ces opinions ne seront pas pour eux obligatoires[1].

veté à l'étranger, ou même simplement implicite. On reconnait ainsi le caractère obligatoire de la loi étrangère pour la forme des actes passés à l'étranger et en ce qui concerne l'état et la capacité de l'étranger en France (Demaugeat sous Fælix, t. I, p. 220, n. *a)* ; Lyon Caen sous Cass., 28 juin 1881, S., 81-1-409; Renault, *Rev. crit.*, 82, p. 715; Féraud-Giraud, Cl. 82, p. 174, Weiss, *Traité élémentaire*, pp. 297 et suiv.; Despagnet, *Précis*, p. 51). Ainsi étendu le principe de la jurisprudence revient à dire que l'application de la loi étrangère sera obligatoire toutes les fois où elle sera commandée par un principe de droit international privé réputé en vigueur en France par interprétation de la loi française. C'est notre théorie, mais ce n'est plus du tout celle qu'expriment les arrêts. L'opinion soutenue au texte a pour elle Brocher, *Cours*, t. I, p. 153; Asser et Rivier, *Éléments*, pp. 33 et suiv. ; Colin, *Du recours en cassation pour violation d'une loi étrangère*, Cl. 1890, pp. 406 et surtout 796 et suiv. Schaeffner *(Entwickelung*, pp. 207 et suiv.) est, à notre connaissance, le premier auteur qui ait défendu les vrais principes.

[1] La crainte de voir s'établir en France, touchant l'interprétation d'une loi étrangère, une jurisprudence différente de celle du pays étranger dont il s'agit détermine Brocher *(loc. cit.)* à refuser la voie du recours en cassation pour violation d'une loi étrangère. C'est une raison bien faible comparée à l'inconvénient qu'il y a à laisser ces questions à l'appréciation souveraine du juge du fait.

Une autre conséquence du même principe est que, contrairement à l'opinion de la jurisprudence, ce n'est pas aux parties qu'il appartient de faire la preuve de la loi étrangère. Sans doute, dans la plupart des cas, il sera dans l'intérêt des plaideurs de donner à leurs juges tous les éclaircissements nécessaires, mais ces renseignements devront être contrôlés par les magistrats qui auront, en outre, à les compléter de leur propre chef s'ils sont insuffisants. Les difficultés que peut présenter une semblable recherche ont été pour quelque chose dans l'orientation prise par la jurisprudence. Quelles qu'elles soient, elles ne sauraient prévaloir sur les principes. Puis il ne faut pas se les exagérer, et s'il en existe vraiment de fréquentes (ce dont on peut douter) il serait fort aisé de les faire disparaître [1].

31) En pratique notre question s'est posée sur le point de savoir si un recours en cassation est possible pour non-application ou pour fausse application de la loi étrangère. Cette question, il faut le reconnaître, n'était pas aussi nette que la précédente car elle comporte, outre le point de savoir si les règles du droit international privé sont civilement obligatoires en France, l'appréciation du rôle de notre Cour suprême [2]. Précisément ce dernier point a permis à notre plus haute juridiction d'esquiver la difficulté. La Cour de cassation ayant été instituée en France

[1] Il suffirait de créer dans chaque pays un organe chargé de communiquer aux juges étrangers les indications nécessaires sur les textes de lois en vigueur et sur l'interprétation qui leur est donnée dans le pays. Ce serait la chose la plus simple du monde. Il est juste de dire que les travaux de notre Société de législation comparée facilitent beaucoup à nos juges français la connaissance des législations étrangères. On ne peut plus dire aujourd'hui qu'il est excessif d'exiger du juge la connaissance des lois étrangères.

[2] Asser et Rivier, par exemple, tout en enseignant les vrais principes (p. 37), estiment qu'en France, en Belgique et dans les Pays-Bas, la juridiction de cassation est incompétente quant aux violations du droit étranger. V. sur ce point la discussion de Colin, *loc. cit.*, pp. 797 et suiv.

pour maintenir l'unité de la jurisprudence dans l'interprétation de la loi française, la question que nos juges se sont posée a été simplement celle de savoir si la non-application ou la fausse interprétation de la loi étrangère était de nature à compromettre l'unité de la jurisprudence dans l'interprétation de la loi française. Le problème étant ainsi posé, ils ont pu sans absurdité décliner tout droit de contrôle, exception faite pour le cas où l'application de la loi étrangère paraît commandée par un texte de la loi française et où l'on peut considérer que la violation de la loi étrangère renferme une violation de la loi française.

Cette jurisprudence que nous avons toujours combattue appelle une double observation.

1° La jurisprudence paraît n'avoir pas aperçu que tout cas de non-application de la loi étrangère implique une violation de la loi française. Si les juges du fait s'avisaient d'appliquer la loi étrangère à une hypothèse qui, d'après les principes de droit reçus chez nous, devrait être régie par la loi française, ils en seraient repris sans nul doute par la Cour suprême. La cause de son intervention serait là dans ce fait, que le tribunal n'aurait pas appliqué la loi française à un cas compris dans son domaine : c'est en cela que consisterait la violation de la loi française. Or la violation n'est pas moindre dans le fait d'appliquer la loi française à un cas pour lequel elle n'a pas été faite. Restreindre arbitrairement son empire ou l'étendre arbitrairement c'est également la violer[1]. Donc une saine

[1] Cf. les observations de Despagnet (*Précis*, p. 53). La Cour de cassation (17 janvier 1899, S., 99-1-177 et notre note) a fait droit à cette raison en cassant un arrêt qui avait appliqué à une reconnaissance d'enfant naturel la loi française alors que la loi italienne était compétente. La Cour a cassé pour inobservation de l'art. 334 du code civil. Cette argumentation peut permettre de casser tous les arrêts qui appliquent à tout la loi française, car il est toujours vrai de dire qu'en appliquant un texte de nos lois à une hypothèse pour laquelle il n'était pas fait, la juridiction de jugement a violé ce texte. Si la Cour demeure fidèle à sa nouvelle doctrine, nous assisterons à un renversement complet de la jurisprudence sur ce point.

application de la méthode suivie par la Cour elle-même devrait la conduire à réprimer tout refus injuste d'application de la loi étrangère. Quant à la fausse application, elle consiste à soumettre un litige à une règle qui n'est ni la loi française, ni la loi étrangère, qui n'est pas une loi. Il semble que le jugement infecté de ce vice pourrait être cassé pour défaut de motifs.

2° Le terrain sur lequel s'est cantonné la jurisprudence est fort étroit, si on le compare à sa façon d'envisager sa compétence dans d'autres matières. En matière d'usages, notamment, la Cour s'est attribué le droit de contrôler les décisions des juridictions inférieures, non seulement lorsque l'usage mal interprété par elles est directement autorisé par la loi, mais aussi lorsqu'elle peut le considérer comme tacitement maintenu [1]. L'usage cependant possède à un plus haut degré que la loi étrangère le caractère d'un fait et on s'explique mal que notre Cour suprême n'étende pas à l'une la juridiction qu'elle s'attribue sur l'autre. On se l'explique cependant, mais par une raison qui n'a rien de juridique, par cette tendance qui pousse les juges à préférer leur loi nationale et à considérer comme bien jugé tout ce qui a été décidé en conformité de ses prescriptions [2]. Il ne demeure pas moins évi-

[1] V. par exemple Cass., 15 février 1884, S., 85-1-205 et les arrêts cités dans Gény (*Méthode d'interprétation*, p. 561, n. 1). Toutefois le principe traditionnel de la jurisprudence est ici contraire au droit de contrôle de la Cour suprême. Cf. les excellentes observations de l'auteur. Elles pourraient être transportées sans modification dans la discussion de notre question.

[2] De même notre Cour suprême (14 décembre 1881, S., 81-1-265) a admis un pourvoi basé sur la fausse application du droit musulman aux indigènes de nos colonies. Cf. Colin, *loc. cit.*, pp. 801 et suiv. Elle étend également son contrôle à l'application faite en France des lois anciennes des pays annexés lorsque leur application est ordonnée par les principes propres à la matière (Cass., 22 janvier 1883, S., 84-1-25). Il s'agit cependant là, quoi qu'on puisse dire, de lois étrangères dont l'autorité en France résulte d'un principe de droit international privé accepté par notre jurisprudence mais non inscrit dans nos lois. La Cour n'hésite pas à étendre à des cas semblables sa juridiction.

dent que la pratique est, sur ce point, contradictoire et insoutenable. Lorsque la juridiction de jugement a violé une règle de droit international privé, en appliquant la loi étrangère au lieu et place de la loi française compétente, la Cour de cassation intervient et exige l'obéissance due aux principes : lors, au contraire, que l'erreur commise a consisté à donner effet à la loi française au détriment de la loi étrangère, la Cour consacre par son silence ce résultat. Et ainsi suivant les cas, tantôt elle sanctionne les règles du droit international privé, tantôt elle refuse de les sanctionner. Aucune raison ne saurait justifier une semblable inégalité.

CHAPITRE IV

Méthode et sources.

32. Détermination de la méthode; particularités du problème. — 33. Sources théoriques ; sources positives. — 34. Méthode générale; méthode particulière. — 35. Appréciation de ces deux méthodes ; supériorité de la première. — 36. Unité du droit international privé à son apparition. — 37. Rétablissement de son unité dans l'avenir. — 38. Obstacles à cette unification ; théorie des qualifications. — 39. Examen critique de cette théorie; son défaut d'influence sur le fonctionnement d'une méthode universelle. — 40. Classement des sources au point de vue de leur valeur doctrinale; sources générales; la tradition, la doctrine. — 41. Les post-glossateurs et les statutaires. — 42. Sources positives; la coutume, les traités. — 43. Les conférences de La Haye. — 44. Domaine scientifique propre aux sources positives. — 45. De la méthode à suivre par le juge dans la solution des questions de droit international privé. — 46. Difficultés soulevées par l'interprétation du code civil français.

32) Il n'est sans doute pas, dans la théorie du droit international privé, de point plus délicat que la détermination de la méthode à suivre, des sources à utiliser dans la détermination de ses principes. A la vérité tout est méthode dans cette science, mais aussi faut-il ajouter que l'orientation de la doctrine dépend avant tout de la solution donnée à la question qui se présente ici à nous. Observons d'abord les particularités que contient ce problème de méthode. Nous sommes en présence d'un droit auquel aucune législation écrite ne correspond. Le droit

international privé ayant pour objet d'établir une certaine uniformité dans la condition des étrangers chez les différents peuples, une correspondance entre les lois des divers États, une garantie générale pour les droits régulièrement acquis en un pays quelconque, se conçoit tout d'abord sous la forme d'un système de règles communes à tous les États, règles définissant les rapports de leurs législations respectives sur tous les points où elles viennent en concours. Mais cette législation, quel pouvoir l'établira ? quels juges seront chargés de la faire respecter ? quelle force publique prêtera à ses commandements l'appui irrésistible de sa puissance ?

Cependant des questions du ressort du droit international privé s'élèvent quotidiennement devant toutes les juridictions de tous les États. Leurs législatures particulières s'en préoccupent et édictent pour les trancher un certain nombre de règles qui constituent une part de la loi nationale du pays et possèdent à ce titre une autorité exclusive pour les juges de l'État. Il existe de ces lois un aussi grand nombre qu'il existe de pays divers et, dans chaque pays, la jurisprudence comble leurs lacunes par l'interprétation qu'elle en donne. Ce ne sont pas des lois internationales, ce sont des systèmes nationaux de solutions de questions internationales, ou, suivant l'expression plus exacte que nous avons déjà employée, des définitions locales de règles internationales, systèmes variant d'après la lettre de la loi, d'après le sens de l'interprétation. Bref, il en est de ce domaine particulier du droit comme de tous les autres : il varie suivant les pays et ainsi il existe un système français, anglais, allemand, italien, etc., de solution des problèmes du droit international privé, ce qu'on exprime parfois plus brièvement, en sacrifiant quelque peu l'exactitude des termes, lorsqu'on dit qu'il existe un droit international privé français, un anglais, un italien, etc.

Notre science peut ainsi se présenter sous deux formes, sous une forme générale et véritablement internationale,

en ce qu'elle tend à établir une discipline commune, applicable à tous les rapports internationaux d'ordre privé, de même que le droit intérieur soumet à l'empire d'une règle commune les rapports juridiques qui n'ont rien d'international, et sous une forme particulière à chaque État, forme variable, quoique les problèmes auxquels elle correspond soient identiques et intéressent fatalement plusieurs lois et par elles plusieurs États.

33) A ces deux formes différentes correspondent deux catégories de sources. On appellera générales celles qui sont susceptibles de fournir une doctrine commune : telle est l'action scientifique, telle est aussi l'influence de la tradition, lorsqu'elle tend à faire appliquer des principes dont l'autorité est universelle et incontestée. Les sources particulières à un pays sont, au contraire, spéciales. Nous trouvons dans cette catégorie la loi[1], le traité, la coutume[2].

[1] La loi est très généralement considérée comme une source positive de notre science. Observons cependant qu'une analyse rigoureuse tendrait à lui refuser cette qualité. La loi peut statuer sur des questions internationales, mais elle ne peut pas leur donner des solutions internationales. Non seulement un juge n'est nullement tenu de résoudre un conflit suivant la règle portée par un législateur étranger, ce qui est d'évidence, mais un jugement, rendu dans le pays où la loi est en viguèur et sur le fondement de ses dispositions, ne sera pas exécutoire à l'étranger s'il contrarie les doctrines adoptées par la législation du pays d'exécution. A strictement parler, la loi n'est donc pas une source du droit international privé.

[2] La jurisprudence est-elle une source du droit international privé ? Dans les pays où les précédents ont un caractère obligatoire, la jurisprudence est une branche de la loi, elle possède la même autorité. Il en est autrement, lorsque les juges sont, comme chez nous, réputés de simples interprètes dont les décisions n'ont d'autorité que pour la cause soumise à leur appréciation. Cependant le rôle de la jurisprudence dans le développement du droit international privé est considérable. Étant donnée la rareté des textes législatifs, le juge se trouve souvent dans la nécessité de créer de toutes pièces la doctrine qu'il applique. Il peut, en ce cas, et il doit prendre en considération directe la nature des institutions juridiques et les besoins du commerce international, il appliquera alors la doctrine qui lui paraîtra plus conforme aux besoins communs des nations. En droit la jurisprudence n'est pas une source du droit interna-

Fréquemment on appellera théoriques les sources qui font partie du premier groupe et positives celles qui appartiennent au second. Ces dernières ont, en effet, l'avantage de faire partie de la législation du pays où elles sont reçues et de jouir de la force obligatoire qui s'attache aux préceptes de cette législation, au lieu que les déductions scientifiques n'ont d'autre autorité positive que celle qu'elles obtiennent par leur réception dans quelque acte légalement obligatoire. C'est ainsi que beaucoup de personnes pensent que l'ancienne théorie des statuts est encore en vigueur en France comme ayant été implicitement adoptée par les rédacteurs du code civil. Ce raisonnement est familier à notre jurisprudence. Nous exposerons plus loin les raisons qui nous empêchent de l'accepter. De son côté la théorie italienne de Mancini a acquis une valeur positive incontestable en Italie et en Espagne, grâce aux codifications plus récentes qui en ont manifestement accepté les principes.

34) L'existence de deux groupes de sources aussi distants l'un de l'autre a donné naissance à deux méthodes issues de points de départ différents. L'une, que l'on peut appeler méthode générale, se préoccupe surtout de créer un système international rationnel de droit privé et tend à établir une harmonie entre les lois divergentes des différents pays. Cette méthode n'ira naturellement pas chercher ses principes dans les législations en vigueur : loin d'y rencontrer l'unité qu'elle désire, parce qu'elle la juge indispensable, elle ne trouverait devant elle que dissemblance et variété et serait bientôt obligée de renoncer à son œuvre, se reconnaissant incapable de la mener à bien avec des éléments aussi disparates. Elle se placera donc forcément au-dessus des législations positives et s'étudiera à trouver

tional privé, en fait elle constitue l'agent le plus puissant de la pénétration de la doctrine internationale dans la pratique des diverses nations. V. sur ce point les bonnes remarques, de Gemma (*Propedeutica*, pp. 58 et suiv.). Cf. Gény, *Méthode d'interprétation*, pp. 580 et suiv.

des principes qui, sans appartenir particulièrement à aucune des législations positives, s'imposent également à toutes. L'étude des traditions communes aux lois existantes, la considération de la nature de la loi, l'appel à l'idée de justice, l'examen des rapports des États entre eux lui fourniront ses éléments. C'est ainsi que cette méthode se fera sa loi, puis, cette loi une fois définie, elle se préoccupera des moyens de la faire entrer dans la pratique des nations.

La seconde méthode est tout à fait à l'opposé de la première. Elle consiste à étudier le droit international dans les législations particulières. Son principe philosophique est qu'il n'existe pas de droit sans une sanction effective et par suite que l'on ne doit pas aller chercher le droit international privé ailleurs que dans les textes législatifs qui ont statué sur les questions de son domaine [1]. C'est évidemment la méthode qui s'impose d'abord au juge; le juge doit, sur ce point comme sur tous les autres, appliquer la loi de l'État au nom duquel il rend la justice. Toutes les fois où cette loi a donné une solution à la question qui se pose devant lui, le juge doit faire sienne cette solution, fût-elle contraire à sa conviction personnelle, fût-elle même absurde, il n'importe. Parmi les jurisconsultes elle a rallié tous ceux qui sont convaincus par avance de l'inanité des

[1] « Nous considérons le droit tel qu'il est et non pas tel qu'il devrait ou pourrait être », tel est le raisonnement accoutumé des jurisconsultes de cette école. Un pareil argument paraît sans réplique. En réalité, il est assez faible. Irréprochable dans la bouche d'un juge qui a une loi à appliquer (ce qui n'est pas toujours le cas), il dénote chez tout autre une singulière méconnaissance, sinon un oubli volontaire des conditions d'application propres à notre science. Donner une solution nationale à une question internationale équivaut à ne point donner de solution du tout. C'est se résigner à admettre que la capacité d'une personne ou son incapacité, la validité d'un acte ou sa nullité dépendront nécessairement et avant tout du tribunal chargé de vider le litige. C'est reconnaître implicitement que dans le commerce international les intérêts particuliers ne peuvent pas compter sur le secours du droit. Les auteurs qui considèrent l'unité de doctrine comme un but auquel tend le progrès du droit international privé (v. Gemma, *loc. cit.*, p. 67) ne vont pas assez loin : il s'agit, pour notre science, d'une question d'existence et non pas seulement de progrès.

résultats de toute méthode générale [1]. Quelques-uns l'ont adoptée sous l'influence de l'esprit particulariste de leurs nations. Ce sont les auteurs anglais et américains. L'Angleterre a été la patrie d'élection du système de la *comitas gentium*. De nos jours encore on peut penser que les jurisconsultes anglais et américains mettront un temps fort long à se pénétrer de cette idée que leurs patries ont intérêt à se plier à l'observation d'une doctrine différente de leurs coutumes traditionnelles, pour assurer par là une meilleure administration de la justice dans les rapports internationaux d'ordre privé [2]. C'est pour eux question de sentiment

[1] Il faut mentionner comme occupant une place intermédiaire entre les deux doctrines la méthode préconisée par Kahn (*loc. cit.*, pp. 69 et suiv.). Pour cet auteur, le droit international privé est un droit privé, mais ce n'est pas un droit exclusivement national. Ses principes résultent plutôt de l'examen comparatif des diverses législations, examen qui consistera à dégager le but respectif des lois des divers pays et qui aboutira à les classer en un certain nombre de groupes dans l'intérieur desquels l'établissement d'une règle d'harmonie sera possible. Cette méthode de comparaison avait déjà été recommandée par de Bar (t. I, p. 7). Par la considération du but de la loi, elle se rapproche assez de la doctrine que nous avons émise sur la solution des conflits et que l'on retrouvera dans cet ouvrage. Mais le principe adopté par Kahn laisse subsister dans la théorie une lacune sans remède. Elle n'expliquera jamais comment les inductions les plus certaines tirées du but des lois diverses ou de toute autre circonstance peuvent obliger des États indépendants à donner aux collisions que ces lois engendrent une solution identique.

[2] Sur le sens de la doctrine anglaise, v. Dicey, *Conflict of laws*, Introd., pp. 18 et suiv., et plus encore Harrison dans le *Journal de droit intern. privé*, 1880, pp. 417 et suiv., 533 et suiv., qui va jusqu'à refuser à notre discipline le nom de droit international privé et propose de la qualifier de droit intermunicipal pour mieux marquer qu'elle n'est rien autre qu'une part de la législation intérieure. Harrison lui-même reconnaît (p. 421) qu'il existe « une très grande concordance et une très grande unité entre les différentes versions nationales du droit international privé », mais il considère cette circonstance comme purement accidentelle et dénonce comme un sophisme fantastique (p. 433) l'opinion suivant laquelle notre science pourrait former un système universel dû aux méditations des jurisconsultes et s'imposant par la force de sa valeur logique aux tribunaux des divers pays. Voilà un sophisme que les faits sont en train de transformer en réalité. Quant à l'opinion de Harrison, elle provient de ce que cet auteur ne comprend pas que l'existence d'une société internationale doit avoir pour corollaire l'application d'un droit international, à peine pour cette société de demeurer dans le désordre et dans l'anarchie.

plus que de raison. Sur le continent cette méthode a trouvé son expression la plus pure et la plus absolue dans la doctrine de Waechter qui veut, comme on sait, qu'à défaut de texte le juge du for décide des questions de conflit pendantes devant lui exclusivement d'après le sens et l'esprit de sa loi nationale et qu'à défaut de cette ressource, il applique aux parties en cause cette loi nationale elle-même.

Une méthode semblable a pour conséquence logique la nationalisation de la science du droit international privé. De même qu'il existe en fait autant de droits internationaux positifs que de pays différents, de même il existera autant de doctrines de droit international privé. Certains auteurs se sont placés à ce point de vue dans leurs ouvrages [1], mais ils l'ont fait pour venir en aide à la pratique et on aurait tort de tirer de cette circonstance une induction quelconque quant à leur méthode. Bien au contraire, et nous ajouterons à cela que ceux-là mêmes, qui préconisent comme procédé scientifique l'étude des législations positives, ne le font que dans l'espérance de voir un rapprochement s'établir entre ces législations et l'unité conquise progressivement par ce moyen. Reste à savoir si la voie par eux choisie est la plus sûre.

35) De ces deux méthodes, la première est, à notre avis, de beaucoup la meilleure et, à vrai dire, la seule dont on puisse attendre la formation d'un véritable droit international privé [2]. Que la diversité des systèmes existe en fait,

[1] Par exemple, Brocher *(Cours de droit international privé suivant les principes consacrés par le droit positif français)*, Vesque von Püttlingen *(Handbuch des in Œsterreich Ungarn geltenden internationalen Privatrechts)* et Jettel *(Handbuch des internationalen Privat. und Strafrechtes mit Rücksicht auf die Gesetzgebungen Œsterreichs Ungarn, Croatiens und Bosniens)*.

[2] Dicey *(Conflicts of laws*, Introduction, pp. 14 et suiv.) instruit d'une façon fort nette et avec une rare indépendance d'esprit le procès de ces deux méthodes opposées. Il est un point cependant qu'il n'indique pas, c'est que les partisans des méthodes générales *(theoretical methods)* ne les adoptent point par fantaisie ni même en vertu de leur libre choix,

cela est malheureusement certain; qu'elle doive subsister longtemps encore, c'est au moins fort probable; qu'elle puisse être prise comme base première de notre science, nous le contestons absolument. En matière de droit international privé, la diversité des systèmes équivaut à l'inexistence du droit lui-même et ce n'est pas exagérer que d'avancer qu'il n'existe pas actuellement de droit international privé entre peuples civilisés. La réflexion la plus élémentaire démontre la vérité de cette appréciation. Aussi longtemps que les divers États n'auront pas adopté un même système de solution des problèmes du droit international privé, les parties intéressées dans chaque affaire ne connaîtront le droit qui leur sera appliqué qu'au moment où elles connaîtront le tribunal chargé de trancher leur différend. Suivant que leurs intérêts seront agités dans un pays ou dans l'autre, elles tomberont sous l'application de deux systèmes juridiques différents et la loi dont on leur aurait fait l'application dans le pays A n'est plus celle qui régira leurs rapports s'ils viennent à être appréciés par la justice du pays B. Cela est illogique au premier chef: il appartient à l'office du juge de déclarer le droit et non pas de le créer. Or, dans l'hypothèse de la pluralité de systèmes de droit international privé, le juge crée véritablement le droit, puisqu'il suffit qu'un rapport tombe dans la compétence de sa juridiction, pour qu'il se trouve par là même soumis à une législation différente de celle qui l'aurait régi s'il avait été porté aux tribunaux d'un autre État. La compétence législative doit précéder la compétence judiciaire et non pas la suivre [1].

mais sous l'empire d'une véritable nécessité, parce que seule l'application d'une méthode générale peut procurer au monde la communauté du droit dans les relations internationales d'ordre privé, communauté en dehors de laquelle il n'y a pas de droit véritable. C'est là la plus grande force de ce parti et sa justification absolue. On trouvera également une critique très sage de ces deux méthodes dans Bustamante, *Tratado de derecho internacional privado*, t. I, pp. 171 et suiv.

[1] Ch. Brocher exige, avec raison, de tout bon système de droit international privé que « chacun puisse prévoir avec quelque certitude d'après

Et surtout cet état de droit est destructif du droit lui-même. Il est de l'essence du droit de poser certaines restrictions à la liberté des individus et, à cette condition, de prêter à leurs intérêts la garantie de la puissance publique. Tout droit suppose ses préceptes connus à l'avance de ceux qui ont à en subir l'effet. La certitude du droit, la garantie que procure cette certitude apparaissent, si l'on veut bien y songer un peu, comme la raison d'être du droit lui-même, la cause de sa légitimité. Toute loi est une restriction à la liberté humaine. Cette restriction se trouve compensée par la certitude qu'elle donne aux intérêts particuliers. S'il en était autrement, le droit, au lieu d'être une garantie, ne serait qu'un piège et, loin de rassurer les intérêts commis à sa garde, apparaîtrait contre eux comme une menace de plus. Il en est fatalement ainsi avec la pluralité des systèmes de droit international privé. Les parties ne peuvent pas savoir de science certaine devant quel tribunal elles pourront être appelées à débattre leurs intérêts ; les questions de compétence dépendent de circonstances nombreuses, changeantes, impossibles à prévoir. Elles ignorent donc aussi la loi qui les régira et se trouvent par là dans l'impossibilité de se mettre en règle par avance avec les prescriptions de cette loi. Impossible également d'empêcher que le hasard des circonstances amène un même rapport de droit à la barre de deux tribunaux d'États différents, ce qui aura pour résultat de le soumettre simultanément à

« quelles lois seront appréciés les droits qui s'attachent à sa personne, à « ses biens, à chacun de ses actes » (*Théorie du droit international privé, R. D. I*, 1871, p. 412). L'emploi d'une méthode universelle est recommandé par Meili (*Das internationale Civil und Handelsrecht*, I, p. 181) et surtout en termes très expressifs et très justes par Zitelmann (*Internationales Privatrecht*, I, p, 8). Ce dernier observe notamment qu'entre pays admettant différents systèmes de droit international privé, l'exécution garantie aux jugements étrangers peut aboutir à une absurdité véritable. Il en est ainsi dans tous les cas où les juges des deux pays avaient à la fois compétence dans l'affaire. Les juges de l'un des deux pays seraient amenés ainsi à faire exécuter une décision étrangère contraire à celle qu'ils auraient rendue eux-mêmes, s'ils avaient été saisis de l'affaire.

deux lois peut-être contradictoires ; de là pour les parties une nouvelle impossibilité d'obéir à la loi[1].

Cela suffit à montrer que le droit international doit être un ou bien qu'il ne peut pas exister.

36) Cette idée d'un droit international privé unique présidant aux rapports entre législations différentes et indépendantes les unes des autres peut paraître étrange aux jurisconsultes de notre époque. Il n'est pas inutile de rappeler que c'est sous cette forme générale, avec ce caractère unitaire que le droit international a apparu, qu'il s'est maintenu pendant une longue série de siècles. La doctrine des postglossateurs était générale comme était générale l'autorité du droit romain qui lui servait de base. Les jurisconsultes de Bologne la transportèrent en France, telle qu'elle s'enseignait dans les universités où ils étaient allés la puiser. On ne pensait pas alors que ce qui était réputé la vérité au delà des Alpes pût être une erreur en deçà. Quoi de plus général que la doctrine des statutaires ? La réalité des lois, la distinction des statuts en réels ou personnels, suivant qu'ils concernent les biens ou les per-

[1] Jitta, dans son bel ouvrage sur la *Méthode en droit international privé*, a parfaitement analysé les mérites respectifs de la méthode individuelle et de la méthode universelle. Il reconnaît, comme nous, que l'avenir du droit international privé est lié à la cause de son unification, que l'emploi de la méthode universelle peut seul réaliser. Mais, d'après lui, la pratique de la méthode individuelle serait la meilleure voie, celle qui conduirait le plus sûrement à la découverte dès principes (v. pp. 457 et suiv.). Nous ne sommes pas de son avis sur ce point et nous pensons qu'une analyse aussi profonde qu'on le voudra des textes en vigueur dans les diverses législations ne servirait pas à grand'chose à ce point de vue, sinon à rien. Les codes sont l'œuvre de praticiens qui consacrent les solutions les plus facilement reçues, les plus équitables : c'est en vain que l'on chercherait à en dégager des principes rationnels que l'on puisse ériger en lois universelles. Quels principes déduirait-on de notre code civil alors que l'on ne sait même pas s'il a eu pour objet de donner une nouvelle existence à la théorie des statuts ? Les codifications les plus récentes ne seraient pas sensiblement plus instructives et nous doutons que l'on puisse tirer des idées générales bien nettes des dispositions du nouveau code allemand.

sonnes, sont des principes avoués dans tous les pays; partout les tribunaux appliquent les mêmes règles, il existe alors un véritable droit international privé. Ce n'est pas que l'on ne puisse signaler certaines variations et l'on dira bien, par exemple, que les Hollandais furent en général plus strictement réalistes que les Français. Mais, qu'on le remarque bien, il y avait là de simples divergences d'écoles comme cela arrive dans toute science voisine de ses débuts, mais il n'y avait nullement cette idée que le droit international privé ait, comme la législation intérieure, quelque chose de local, quelque chose de variable de pays à pays. Les jurisconsultes et les juges de toutes nations acceptaient la doctrine des statuts comme une loi naturelle s'imposant à tous, ils ne cherchaient même pas à en démontrer le caractère universel et nous ne croyons pas, que l'on puisse trouver chez aucun d'entre eux un passage autorisant à penser qu'il entretenait le moindre doute touchant cette universalité.

En réalité la diversité des systèmes de droit international privé est fille de la codification, c'est un phénomène relativement récent, un produit de notre siècle. Les divers législateurs ont jugé bon de se préoccuper de certaines questions de cet ordre : ils y ont appliqué leurs propres vues, se sont inspirés des nécessités locales, ont cédé trop souvent à une préférence peu éclairée pour leur œuvre, leur législation propre. Il était fatal qu'en procédant ainsi on aboutît à des résultats divergents et inconciliables. Cet esprit particulariste étant aussi celui de la jurisprudence, il était naturel que ces divergences allassent s'accentuant et c'est ce qui est arrivé en effet.

37) Doit-on pour cela renoncer à arriver jamais au rétablissement d'une doctrine commune? L'histoire la plus récente de notre science permet de repousser des conclusions aussi pessimistes. Si de nos jours la coutume ne paraît plus destinée à jouer le grand rôle qu'elle a eu autrefois, il semble que l'on peut attendre des traités un service

analogue. Les projets de traités élaborés à La Haye sont, à cet égard, d'un grand enseignement. Déjà on les voit faire justice des préjugés les plus ancrés dans la pratique de certaines nations. Nous signalerons comme tout à fait remarquable à cet égard l'adoption du principe de la personnalité de la succession *ab intestat* par la dernière conférence de La Haye. On n'aurait pas osé espérer, il y a quelques années à peine, surtout en présence du peu de succès des premières tentatives faites dans cette voie, qu'une semblable réforme pût être acceptée, et déjà il est certain qu'à brève échéance elle le sera. Il est désormais permis d'attendre des traités l'unification du droit international privé. Les traités considérés comme source de notre science n'ont pas toutes les qualités de la coutume. Les traités ont quelque chose de rigide et de fixe, la coutume va se perfectionnant sans cesse. En outre, cette dernière source, consistant dans une série d'applications d'un principe exprimé ou sous-entendu à des espèces concrètes porte en quelque sorte avec elle son interprétation. C'est encore une supériorité pour elle. Le traité n'est qu'une loi plus générale, loi brève, rapide, trop souvent susceptible d'interprétations diverses, loi difficile à améliorer parce qu'il est toujours malaisé de convertir plusieurs volontés à un même objet. Le système actuellement suivi a ses points faibles, il ne constitue pas moins un très notable progrès.

Il est donc permis d'affirmer que ni l'expérience du passé ni le spectacle des choses présentes ne sont propres à faire conclure à l'impossibilité de l'établissement d'un système général de droit international privé, et il demeure toujours vrai que notre science doit, pour remplir son office social, offrir, à défaut de l'unité de législation impossible à réaliser, l'unité dans le régime destiné à coordonner et à harmoniser les législations divergentes.

38) Mais n'existe-t-il pas à cette unification des obstacles de droit et la variété des législations n'est-elle pas de na-

ture à rendre impossible l'établissement d'un système général de coordination? Nous touchons ici à une question délicate et à l'une des objections les plus ingénieuses qui aient été élevées au point de vue doctrinal contre la possibilité de l'unité du droit international privé[1]. Cette objection est connue sous le nom de théorie des qualifications. Quelques explications sont nécessaires à la faire entendre. Une théorie commune de droit international privé, suppose, dans les lois qu'il s'agit de coordonner, un caractère commun et que ce caractère soit tel que l'on puisse en déduire l'effet international de la loi. Ceci est de toute nécessité. Sans cette condition, une loi déterminée n'ayant pas partout le même caractère ne possédera pas partout le même effet international et sa qualification à ce point de vue, dépendant du lieu où elle sera invoquée, on retombera par cette voie détournée dans l'incertitude et la division qui ruinent par avance l'effet attendu de notre discipline.

Voici un exemple choisi dans la théorie traditionnelle des statuts. La tutelle est très généralement considérée comme concernant la personne et les lois qui la régissent comme personnelles; cependant il n'y aurait rien d'extraordinaire ni d'absurde à ce qu'une législation, revenant aux idées romaines primitives, considérât la tutelle comme une institution regardant surtout les biens, ce qui aurait pour conséquence, dans le système statutaire, de faire réputer réelles les lois qui s'y rattachent. Donc les lois en question n'auraient pas, dans cette hypothèse, de nature fixe et bien déterminée, elles seraient tantôt personnelles et tantôt réelles, suivant que la législation du pays où on les invoquerait adopterait le premier ou le second des deux systèmes exposés. Il importerait peu, remarquons-le, que la doctrine statutaire fût partout reconnue : son application

[1] Cette théorie, d'origine toute récente, a pour auteur notre savant collègue M. Bartin (v. Cl. 1897, pp. 225, 466 et 720). Elle a été reproduite en tête des *Études de droit international privé* du même auteur.

aboutirait, suivant les lieux, à des résultats contradictoires, par suite des différences rencontrées dans la législation interne, différences que le droit international est inhabile à éliminer.

39) Nous n'essaierons pas de résoudre les difficultés provenant des différences de qualification ; nous les regardons comme insolubles. Nous avons seulement à nous demander, si ces difficultés sont assez fréquentes pour s'opposer au fonctionnement d'une théorie générale du droit international privé. Nous n'hésitons pas à répondre négativement à cette question. Certainement on peut imaginer des cas où d'irrémédiables dissidences sur la nature de certaines institutions juridiques se produiront, entraînant après elles l'impossibilité d'appliquer dans tous les pays auxdites institutions un régime international uniforme. Un bon exemple donné à cet égard est celui de ces libéralités faites entre vifs et destinées à produire effet après la mort du disposant. La donation des biens à venir en est le type.

Ces actes sont sur la frontière qui sépare les contrats des successions. Il est fort possible qu'une loi considère ces actes comme contractuels, pendant qu'une autre loi y verrait des dépendances du droit héréditaire. Cela aboutirait inévitablement à les soumettre dans les deux pays à un régime international différent, et ainsi en ce qui les concerne, l'unité, vertu nécessaire à notre science, ne saurait être atteinte[1]. Ces cas existent donc, mais ils sont en très petit nombre. Il suffit pour s'en convaincre d'observer que le savant et ingénieux auteur de cette théorie a dû,

[1] Encore faut-il observer que la donation et la succession étant soumises sur la plupart des points, par notre jurisprudence, à un régime analogue, une différence dans la qualification de la donation pour cause de mort n'engendrerait un conflit qu'autant qu'elle ne toucherait pas à ces points communs.

pour lui assurer une certaine consistance, lui donner une extension qu'aucune raison ne légitimait.

Il faut, en effet, pour bien juger des problèmes suscités par la différence des qualifications, les isoler et les réduire aux seuls cas dans lesquels l'embarras provient d'une différence reconnue, avouée de la qualification légale donnée à une même institution dans deux pays séparés. C'est ce que notre très distingué collègue n'a pas toujours fait. Ainsi, ne doit-on pas les confondre avec les difficultés quelconques, que peut engendrer la différence des deux législations par rapport à un objet donné, difficultés que souvent le droit international privé suffit à résoudre. On nous donne, comme exemple de différence dans la qualification, le cas où un objet est mobilier dans un lieu, immobilier dans un autre. Il n'existe dans ce cas aucune difficulté quant à la règle internationale à appliquer, puisque, d'après un principe reconnu, c'est à la loi du lieu où se trouve l'objet de décider s'il est meuble ou immeuble. Il pourra arriver (et encore très rarement) qu'un même objet transporté d'un lieu dans un autre soit successivement considéré comme meuble et comme immeuble. Par suite, le régime juridique auquel il sera soumis changera, mais cela n'empêchera pas qu'à un moment quelconque ce régime puisse être très exactement déterminé par la loi du lieu où se trouve l'objet à ce moment. Voici donc un cas dans lequel l'application d'un principe incontesté suffit à résoudre la question née de la différence de qualification.

Il faut aussi que la divergence provienne d'une diversité dans la nature attribuée à une institution juridique et non pas de cette circonstance qu'une législation positive confère à cette institution un effet incompatible avec sa nature. On présente comme un type de difficultés de cet ordre, la disposition de l'art. 992 du code néerlandais qui interdit aux citoyens de ce pays de tester en la forme olographe à l'étranger. Cet exemple est mal choisi, car de cette disposition il ne résulte nullement, comme on le

prétend, que le législateur dont elle émane considère la forme olographe du testament comme un statut personnel[1], mais simplement qu'il a conféré à une loi un effet que sa nature ne comporte pas. Donc pour les juges étrangers aucun doute n'est possible. En dépit de l'art. 992 ils valideront le testament olographe fait par le Néerlandais hors de sa patrie, appliquant la règle *locus regit actum* à la forme des actes conformément au droit commun des nations[2].

Il faut enfin qu'il y ait une divergence certaine dans la qualification légale des institutions et non pas une simple divergence de doctrine, comme il s'en produit autour des institutions dont la nature est affectée d'une certaine obscurité. Tel est le cas de la règle de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales, du sénatus-consulte Velléien, du lieu de formation des contrats par correspondance, exemples cités par M. Bartin, et de bien d'autres institutions encore. Ce n'est pas que ces divergences ne puissent parfois engendrer d'un pays à l'autre des conflits insolubles; cela ne provient pas de la diversité des législations, mais seulement de la diversité des opinions scientifiques[3]. Des

[1] Ainsi que l'affirme M. Bartin (p. 7). Pour que cette assertion fût exacte, il faudrait prouver que le législateur néerlandais oblige les étrangers testant sur son territoire à se servir des formes prescrites par leurs lois nationales respectives. C'est ce que ne prouve pas M. Bartin, et pour cause. La loi néerlandaise du 15 mai 1829, art. 10, consacre formellement la règle *Locus regit actum*.

[2] On peut rapprocher de ce cas la difficulté soulevée par les décrets moratoires de 1870. Quelque nature qu'on leur assigne et même si l'on y voit une simple prorogation d'échéance au profit du débiteur, il est bien certain qu'il s'agit d'une prorogation légale et non pas conventionnelle, d'une mesure analogue au terme de grâce rentrant dans la compétence exclusive de la loi du lieu du paiement et s'imposant, par suite, même aux endosseurs étrangers. Nous reviendrons plus loin à cette question.

[3] C'est la pente sur laquelle a glissé M. Bartin. Sa tendance (v. part., § VII, pp. 48 et suiv.) l'a entraîné à voir partout des difficultés nées des différences de qualification. En cela il a fait tort à sa doctrine elle-même. Limitée au cas où deux lois donnent formellement à une même institution juridique une nature différente, cette doctrine est juste dans son principe et dans les solutions qu'elle contient. C'est dans la théorie

divergences de ce genre se rencontraient dans l'interprétation de la théorie des statuts et bien souvent tel statut était réel pour l'un, qui passait pour personnel aux yeux de l'autre. Ce sont des contrariétés inévitables non seulement d'un pays à l'autre, mais également dans le sein d'un même pays, cependant l'expérience prouve qu'elles ne sont ni assez fréquentes ni assez importantes pour empêcher l'unité de doctrine de produire ses bienfaits.

On voit donc que si l'on ramène la théorie des qualifications à ses données premières et si l'on n'y comprend que les divergences qui résultent d'une qualification différente donnée de pays à pays à une seule et même institution, l'obstacle qu'elle peut apporter à l'unification du droit international privé se réduit à peu près à rien. Le plus souvent, les innombrables différences de détail, que l'on relève dans l'organisation d'un même rapport de droit au sein de divers pays, n'intéressent pas la nature de ce rapport. Pourtant il dérive d'une même notion de justice, correspond aux mêmes nécessités sociales, tend au même but; et dans ce cas, quelque opinion que l'on professe en matière de droit international privé, on est naturellement conduit à le soumettre au même régime. Et cette analogie n'est pas chose fortuite. Le droit privé, remplissant les mêmes fonctions de gardien des intérêts particuliers dans des sociétés fort semblables, tendra partout à se servir des mêmes instruments. C'est ainsi que s'explique la diffusion du droit romain, la persistance du code civil français dans des pays réunis pendant quelques années seulement à la France, et dans un autre ordre d'idées l'autorité exclusive prise autrefois par la doctrine des statuts. Du

du droit international privé un aspect nouveau que son travail ne permet plus de négliger. Étendue aux nombreuses hypothèses où il peut exister un doute sur la nature d'une institution juridique complexe et difficile à analyser, cette doctrine n'est rien autre que l'expression d'une idée qui a été et sera toujours vraie, à savoir que l'établissement de principes communs n'empêche pas des divergences de se produire dans l'application.

reste il faut bien reconnaître que si les différences de qualifications étaient aussi nombreuses qu'on le prétend, le droit international positif ne reconnaîtrait pas de règles communes. Or on sait qu'il n'en est pas ainsi dans la réalité.

40) La nécessité et la possibilité d'une méthode générale étant données, comment se classeront, au point de vue de leur valeur doctrinale, les sources que nous avons énumérées ? La source principale d'un droit international général sera forcément la doctrine[1]. Il n'est pas inutile de dire ici un mot du rôle de la doctrine, car il a soulevé parfois les plus étranges préventions. On prête facilement à la doctrine l'intention de s'imposer et on ne manque pas de lui demander quels sont ses titres à une autorité quelconque. Tel n'est pas le rôle de la doctrine et telles ne doivent pas être ses prétentions. Le jurisconsulte n'est à aucun degré un législateur : il lui appartient de déblayer le terrain et de proposer les plans des constructions possibles ; il ne lui appartient pas de construire. La doctrine n'a donc qu'un rôle de préparation, mais ce rôle elle peut seule le remplir convenablement, car on ne trouve pas, ailleurs que dans les rangs des hommes de doctrine, des esprits assez dégagés de préjugés locaux pour être habiles à fonder une théorie vraiment internationale. Rappellerons-nous à ce sujet que la doctrine des postglossateurs, la théorie des statuts ont été en grande partie des œuvres de doctrine et que c'est encore la doctrine qui a fourni leurs formules aux codifications les plus récentes[2]?

41) La tradition est, elle aussi, une source générale.

[1] Cf. Zitelmann, *Internationales Privatrecht, Einleitung*, pp. 6 et suiv., qui expose très bien le double rôle de la doctrine en notre matière, et aussi Brocher de la Fléchère, *Le droit coutumier et la philosophie du droit dans la R. D. I*, 1877, pp. 578 et suiv. D'après Niemeyer *(Zur Methodik des internationalen Privatrechts*, p. 9) la législation, la jurisprudence et la théorie figureraient trois cercles concentriques dont la législation serait le plus étroit.

[2] Il est certain, par exemple, que sans l'action préalable de la doc-

L'influence des doctrines anciennes n'est pas ici comparable à ce qu'elle est, dès qu'il s'agit d'interprétation du droit intérieur. Cependant les doctrines anciennes étaient, comme nous l'avons observé, des doctrines générales. L'insuffisance de leurs bases a été la cause de leur abandon. Les solutions des postglossateurs ne procédaient point d'idées philosophiques générales. Certaines questions nées de la divergence du droit romain et des statuts des villes italiennes les préoccupaient : ils les avaient comprises dans leurs gloses et, pour revêtir leurs opinions de l'apparat scientifique sans lequel elles eussent passé inaperçues, ils ne manquaient jamais de les appuyer sur l'autorité de quelque loi romaine parfaitement étrangère au sujet. Ce procédé leur réussit et certains entre eux, Bartole et Balde en particulier, durent à son emploi de voir leurs opinions pieusement reproduites par la longue série des jurisconsultes statutaires, même lorsqu'elles ne méritaient nullement ce grand honneur[1].

On ne peut pas penser pourtant, que ces habiles jurisconsultes aient été les dupes de leurs propres méthodes, qu'ils aient cru aux raisons qu'ils donnaient. Il est plus probable qu'ils se décidaient par des considérations d'équité et que leur perpétuel recours au droit romain avait surtout

trine les conférences de La Haye eussent été infructueuses, et dans les résolutions qui y ont été votées on n'aura pas de peine à reconnaître une série de principes depuis longtemps recommandés par les théoriciens. Sur l'utilité de la science pure, v. Roguin, *La règle de droit*, ch. II, pp. 29 et suiv.

[1] Telle, par exemple, cette étrange doctrine de Bartole sur la nature personnelle ou réelle des statuts concernant la succession, qui consiste à vérifier si le texte du statut mentionne en premier lieu la personne ou les biens *(primogenitus succedat.... bona veniant in primogenitum)*. On la trouve reproduite pendant tout le cours de notre ancien droit par une sorte de piété filiale, bien qu'en définitive personne ne se résigne à l'adopter. Notre collègue, M. Lainé, a tenté de donner à cette distinction purement verbale un sens raisonnable *(Introduction*, t. I, pp. 158 et suiv.) en la présentant comme un procédé d'interprétation de l'intention du législateur. C'est faire à Bartole un honneur immérité, car rien dans son texte ne montre qu'il ait considéré autre chose que l'ordre des mots et, jusqu'à M. Lainé, sa doctrine n'a pas été interprétée autrement.

pour eux l'avantage de les dispenser de la nécessité de pourvoir d'une base logique leurs solutions. Peut-on aller plus loin et dire qu'ils se décidaient dans chaque cas d'après la nature des choses et qu'ils fixent ainsi les premières applications de la méthode qui fut ensuite celle de Savigny et de ses disciples[1] ? Nous ne le croyons pas. Savigny procédait de cette idée, que dans la nature ou plus exactement dans le siège de chaque rapport de droit, se trouve un élément de détermination du régime international de ce rapport. Cette idée est complètement étrangère aux postglossateurs. Si l'on peut dire qu'ils se sont laissés déterminer par la nature des choses, c'est à la condition de donner à ces expressions une signification si vague qu'elle exclut toute précision scientifique. Nous rappellerons cependant qu'en liant à l'interprétation de la loi *Cunctos populos* (1 C. *de Summà trinitate)* leurs embryons de théories, ces jurisconsultes ont montré un sens très juste de la nature des questions comprises dans le ressort de notre science. Elles concernent bien en effet la détermination des limites de la souveraineté.

La théorie des statuts est scientifiquement de beaucoup supérieure à sa devancière. Elle possède quelques principes reconnus de tous et sur lesquels repose le poids de l'édifice entier. On compte deux au moins de ces principes, la territorialité de la souveraineté et la distinction des statuts concernant la personne et des statuts concernant les biens. Tous les statutaires de tous les pays reconnaissaient l'autorité de ces principes et enseignaient la doctrine de la territorialité des lois, corrigée dans ce qu'elle a de trop

[1] Lainé *(Introduction*, t. I, pp. 111 et suiv.; 248 et suiv.). M. Lainé ne donne pas expressément Bartole comme un prédécesseur de Savigny, mais cette idée se dégage naturellement de la partie critique de ses études. Nous ne partageons pas son sentiment à cet égard. Entre la première doctrine italienne et la doctrine allemande moderne il y aura toujours l'espace immense d'une doctrine coordonnée et consciente de son point de départ et de son but, à une collection de solutions particulières fournies un peu au hasard et inspirées évidemment dans chaque cas par les seuls besoins de la cause.

absolu par l'admission de l'exterritorialité des dispositions se référant à la personne. Que si, du reste, ils s'épuisaient en vaines discussions, c'était sur des questions d'application, c'était surtout parce que leurs principes n'étaient ni assez justes ni assez clairs. Les mêmes raisons nous obligent à les répudier aujourd'hui en tant que principes d'une doctrine générale. Nous ne pouvons pas admettre que toutes les lois sont réelles, pas davantage qu'elles ont fatalement pour objet ou une personne ou une chose et le rejet de ces principes premiers nous conduit à répudier le système tout entier.

Il est juste cependant de dire que si la méthode des statutaires a été vicieuse dans la direction qu'elle a prise, elle était exacte dans son principe en ce que ses auteurs se sont attachés aux caractères généraux des lois pour mesurer leur effet international. Sur ce point ils restent dignes de nous servir de modèles, car ils se sont montrés de beaucoup supérieurs aux théoriciens qui ont tenté de baser leurs systèmes sur des phénomènes particuliers variables avec les législations.

42) Aux sources générales s'opposent les sources positives. Elles possèdent le grand avantage d'avoir force de loi dans les pays où elles sont en vigueur, mais, par contre, ce défaut au moins aussi grand de n'être susceptibles que d'une application locale, ce qui infecte d'un caractère particulariste le droit qui en découle. Les sources positives de notre science revêtent un caractère un peu suspect aux yeux de ceux qui pensent comme nous, qu'une bonne doctrine de droit international privé doit être une doctrine générale. Cependant ce serait exagérer singulièrement que d'avancer que les sources positives ne peuvent pas avoir une influence réelle et même une influence heureuse sur le développement de la doctrine. Deux observations importantes doivent être faites à cet égard.

Certaines sources d'un caractère positif paraissent être prédestinées à servir d'intermédiaires entre la pure doc-

trine et le droit positif. La coutume et les traités sont aptes à remplir cette fonction et la remplissent en effet. On peut citer à l'actif de la coutume l'adoption des règles de droit international privé qui sont aujourd'hui d'une application générale dans la communauté des nations. Telle est la règle *locus regit actum* qui a fini par vaincre tous les obstacles qui lui ont été successivement opposés. Tel est aussi le principe de l'autonomie de la volonté en matière de conventions, qui, particulier à Dumoulin à son origine, est reconnu partout maintenant et si franchement accepté, que la pratique tend à le pousser au delà des limites que la raison lui assigne. Sur ces deux points l'action incessante de la coutume a réalisé l'unité; sur d'autres elle l'a préparée, éliminant progressivement les différences qui séparaient les législations. Il est certain, par exemple, que la jurisprudence anglo-américaine, qui était au commencement de ce siècle fort éloignée de la pratique suivie sur le continent, s'en est peu à peu rapprochée par le sacrifice progressif de ses principes particuliers. Les jurisconsultes anglais ont aidé à ce mouvement et, quoique partisans de la nature purement relative du droit international, ils s'efforcent de diminuer la distance qui sépare leurs doctrines de celles reçues sur le continent[1].

Les traités sont aussi d'actifs instruments de généralisation, surtout lorsqu'ils revêtent la forme de conventions ouvertes à toutes les puissances. L'action des traités est plus neuve que celle de la coutume[2] et ce n'est qu'à une époque encore toute récente qu'elle s'est montrée efficace.

[1] Cf. Phillimore, *International law*, t. IV, pp. 9 et suiv.

[2] Cela est vrai au moins si l'on considère l'établissement de règles propres à trancher les conflits de lois. On ne doit pas oublier, que les traités de commerce ont toujours contenu des dispositions touchant aux droits des étrangers et aux charges auxquelles ils seront soumis. Ces clauses ont été de style jusqu'en 1860. Plus rarement ces mêmes traités disaient quelque chose des lois qui seraient applicables aux sujets de l'une des H. P. C. sur le territoire de l'autre; encore cette mention n'était-elle faite que pour assurer l'application de la loi territoriale, particulièrement en matière immobilière ou au sujet des successions.

On ne sait pas encore de science certaine jusqu'où cette efficacité s'étendra. Quoi qu'il en soit, les traités paraissent des moyens parfaitement appropriés à faire passer dans le domaine de la pratique les conclusions de la théorie.

Jusqu'à ces dernières années on pouvait considérer comme douteuse, voire même comme illusoire, la perspective de l'unification du droit international privé par le moyen des traités généraux. L'initiative répétée de Mancini, initiative accueillie par l'Institut de droit international (1867, 1881), n'avait pas réussi à vaincre l'indifférence des États et une tentative plus limitée, émanée d'un ministre des affaires étrangères des Pays-Bas, le baron Gericke de Herwynen (1874), n'avait pas trouvé un meilleur sort. A la vérité, un certain nombre d'États de l'Amérique du Sud (Brésil, République Argentine, Bolivie, Chili, Pérou, Paraguay et Uruguay) ont conclu, dans un congrès tenu à Montevideo, en 1889, plusieurs grands traités sur le droit civil et commercial, la procédure, la propriété littéraire et industrielle, l'exercice des professions libérales. Ces traités réservaient l'accession des puissances étrangères. Nous ne savons rien de leur sort. Gemma prétend qu'ils n'ont pas été ratifiés par les États contractants[1].

43) La situation n'est plus la même aujourd'hui. Dès 1892, le gouvernement des Pays-Bas prenait l'initiative d'une conférence diplomatique tendant à poser les bases d'une entente dont la codification du droit international privé serait l'objet. Cette initiative fut couronnée de succès. Trois conférences ont été tenues à La Haye en 1893, 1894, 1900, qui ont abouti à la rédaction d'un certain nombre de règles concernant plusieurs matières choisies parmi les plus importantes du droit international privé, règles destinées à être soumises à l'appréciation des gouvernements, dont les délégués avaient assisté à ces réunions.

Ces conférences sont un fait considérable dans l'histoire

[1] *Propedeutica*, p. 78.

du développement de notre science: il n'est pas inutile d'insister un peu sur les circonstances dans lesquelles elles ont été tenues et sur la portée scientifique de leur œuvre. Il faut noter d'abord que ces conférences ont été suivies par les délégués de la grande majorité des États de l'Europe. L'Allemagne, l'Autriche-Hongrie, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la France, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, la Roumanie, la Russie et la Suisse prirent part à la conférence de 1893. En 1894, la Suède et la Norvège se joignaient aux États que nous venons de nommer, et en 1900, les mêmes puissances se rendaient encore à l'invitation du gouvernement des Pays-Bas. Parmi les grands États européens, seules la Turquie et l'Angleterre se sont abstenues. On comprend l'attitude de la Turquie. Le régime juridique qui caractérise ses relations avec l'étranger est purement exceptionnel: il ne peut être question pour elle d'entrer dans une union basée sur la communauté du droit. La Grande-Bretagne a allégué le particularisme de ses institutions. La raison n'était peut-être pas sans réplique et il faut compter aussi pour une part dans ses résolutions l'aversion de ses hommes d'État pour les engagements susceptibles de limiter leur liberté d'action[1].

Les conférences tenues à La Haye ont adopté le mode de travail que voici. Respectueuses de l'indépendance de chaque État en matière législative, elles ne se sont nullement proposées de substituer une loi commune aux lois diverses dont usent les divers peuples, mais seulement de trouver un terrain de conciliation ménageant leur compétence respective dans les hypothèses principales de conflit. L'action des conférences a été progressive. Le protocole de la conférence de 1893 contient des dispositions sur le mariage, la communication des actes judiciaires ou

[1] Les actes des trois conférences de La Haye ont été publiés par le soins du Gouvernement néerlandais. Voir, en outre, à ce sujet, les articles de M. Lainé dans Cl. 1894, pp. 5, 236; 1895, pp. 465, 734; 1901, pp. 5, 231, 918.

extra-judiciaires, les commissions rogatoires, les successions. Un an après, la conférence de 1894, tenant compte des observations que les résolutions émises l'année précédente avaient suscitées, leur apportait les modifications jugées nécessaires puis, étendant son action à de nouveaux objets, publiait des règles sur les effets du mariage quant à l'état de la femme et des enfants, sur le divorce et la séparation de corps, sur la tutelle, sur la caution *judicatum solvi* et l'assistance judiciaire, sur la faillite, sur les testaments et les donations pour cause de mort. A son tour la conférence de 1900 aboutissait à la rédaction de projets de conventions sur les conflits de lois en matière de mariage, sur les conflits de lois et de juridiction en matière de divorce et de séparation de corps, sur les conflits de lois et de juridiction en matière de tutelle, sur les conflits de lois relativement aux successions, aux testaments et aux donations pour cause de mort.

Tout cela est d'une méthode à la fois très prudente et très résolument progressive. On peut contester telle ou telle des solutions adoptées à La Haye, on ne peut nier l'excellence de la méthode qui a été suivie. Il est à remarquer, à ce propos, que les décisions de la troisième conférence se présentent sous forme de projets de conventions, alors qu'après les deux premières, le protocole dressé se bornait à enregistrer un certain nombre de règles devant être soumises à l'appréciation des gouvernements intéressés. Même, en 1893, le président M. Asser (au zèle de qui le succès de l'œuvre entreprise est dû en grande partie) faisait observer que les résolutions à prendre ne préjugeraient rien quant à la forme (lois uniformes ou traités) sous laquelle elles seraient ensuite introduites dans le droit positif des États adhérents. Ce n'est pas à dire que ces règles fussent purement académiques. La preuve du contraire se trouverait dans la convention du 14 novembre 1896 qui a été un premier fruit de ces deux séries de travaux. On s'explique du reste que les résolutions de 1900 aient pu être rédigées directement sous forme

de projets de conventions. Elles avaient été mûries par des délibérations répétées et, en outre, cette fois, le gouvernement des Pays-Bas avait sollicité par avance les observations des gouvernements étrangers.

Il ne nous appartient pas de discuter ici les décisions prises à La Haye. Bornons-nous à apprécier la méthode qui y a été suivie.

Il n'est pas douteux que l'initiative prise par le gouvernement des Pays-Bas a eu pour objet de placer, sur le terrain du droit et non pas sur celui de la courtoisie, l'œuvre de l'unification du droit international privé. En 1893, dès la première séance, M. de Tienhoven, ministre des affaires étrangères des Pays-Bas, s'exprimait en ce sens et cet esprit n'a pas cessé de dominer dans le sein de la conférence. Ce n'était pas aller assez loin, à notre sens, et il aurait mieux valu parler nettement des obligations réciproques des États en droit international privé. C'est la seule base solide d'un droit en la matière. La conférence a évité de trancher ce point de doctrine, mais l'orientation par elle prise vers les conventions internationales montre au moins que c'est par le moyen d'obligations expressément assumées par les États, qu'elle entend réaliser son œuvre. De ce procédé à notre doctrine la distance est courte, car on conçoit que les États ne souscriraient pas volontairement de semblables obligations s'ils ne se considéraient pas comme tenus naturellement.

La conférence, sur la proposition de M. Renault, a résolu de ne point procéder par émission de principes généraux, mais de réglementer directement les matières dans lesquelles le besoin d'unification s'est fait le plus vivement sentir. Ici encore le parti pris mérite d'être approuvé. L'émission des principes appartient à la doctrine. Un traité ou une loi doivent d'abord donner satisfaction aux besoins pratiques que révèle le commerce international. Là est le propre de leur action. Sans doute cette œuvre a tout intérêt à s'appuyer sur des principes justes et solides, mais encore n'a-t-elle point pour but de les promul-

guer : qu'ils ressortent suffisamment des résolutions adoptées, cela suffit aux besoins quotidiens de l'interprétation.

Du reste, il paraît certain que le succès des conférences de La Haye marque le triomphe de la méthode générale sur les méthodes particulières. Avant toute autre chose, avant même d'assurer à leurs décisions l'autorité positive qui leur est nécessaire, les promoteurs de ces réunions se sont préoccupés de rechercher dans chacune des matières qu'ils ont soumises à l'examen la règle juste pour tous, la règle sur le fondement de laquelle on peut établir l'unité du droit international privé entre les États. Ils ont ainsi reconnu, qu'en dehors de l'unité un véritable droit n'existe pas en cette matière, qu'un tel droit doit être commun, à peine de n'être pas. Ce sont les doctrines que nous avons toujours enseignées et ce n'a pas été pour nous une médiocre satisfaction que de les voir adoptées dans cette circonstance.

L'ordre suivi dans les travaux de la conférence a été lui-même conforme à ce que requiert cette méthode. On a cherché tout d'abord en dehors de toute préoccupation pratique les solutions justes, on les a soumises à la critique, on les a vérifiées, on les a amendées. Alors seulement on a songé aux moyens pratiques de les faire accepter et l'on a rédigé des projets de convention.

L'utilité de ces étapes successives apparaît trop nettement à l'esprit, pour qu'il soit utile de se demander si les études préparatoires dues aux deux premières réunions n'ont pas été superflues. M. Lainé[1] prévoit l'objection et y répond. Nous irons plus loin que lui. Non seulement il était utile que la conférence accomplît d'abord une œuvre surtout théorique, mais cela était indispensable. Ces conférences ont constitué une transition nécessaire entre l'œuvre de la théorie pure et la mise en pratique des résultats dus à cette œuvre. Réunissant dans leur sein des jurisconsultes

[1] Lainé, Cl. 1901, pp. 7 et 8.

éprouvés et des hommes d'État, elles avaient l'avantage inappréciable de faire accepter aux uns et aux autres les mêmes idées, les mêmes principes. J'irai jusqu'à dire que c'était le point essentiel à franchir. En outre, les décisions prises ont été communiquées aux gouvernements, ceux-ci ont répliqué par des observations, certains d'entre eux ont constitué des commissions permanentes d'examen vouées à cet objet. Tout cela n'oblige pas les États à introduire dans leur droit positif les principes ainsi arrêtés ; rien de plus vrai, mais tout cela prépare cette introduction et il nous paraît plus que probable que le succès définitif de l'œuvre est destiné à récompenser le zèle et le dévouement de ceux qui lui ont si libéralement consacré leur expérience et leur savoir.

44) Revenons maintenant à l'influence des sources positives sur la doctrine et faisons la seconde des deux observations que nous avons annoncées. Ces sources ont un domaine scientifique qui leur est propre. Les systèmes généraux de droit international privé aboutissent tous à laisser sous la compétence principale ou exclusive de la loi territoriale un certain nombre de rapports de droit, nombre plus ou moins considérable suivant les tendances du système. Ce sont, pour citer les exemples les plus connus, les dispositions relatives à la condition des étrangers, à la nationalité ou au domicile, à la compétence. Il faut cependant pour la régularité du commerce international, qu'il s'établisse une certaine correspondance, un certain degré de similitude entre les lois des divers pays statuant sur l'un quelconque de ces objets. Une loi sur la nationalité est certainement mauvaise si elle aboutit à multiplier les cas de nationalité multiple ou d'absence de nationalité. Cette similitude que l'on ne peut pas réclamer ici au nom d'un principe supérieur, puisqu'il s'agit de matières appartenant au domaine de la loi territoriale, sera obtenue de la libre décision de législateurs conscients de cette vérité, que l'usage de la liberté devient abusif lorsqu'il aboutit à

contrarier sans nécessité les intérêts communs. En cela encore les sources positives de notre science nous apparaissent comme des auxiliaires indispensables à la doctrine et nous sommes autorisé à dire qu'une bonne méthode scientifique exige l'usage concurrent des deux catégories de sources, en réservant à chacune d'elles la part d'influence qui lui convient[1].

45) Le point de vue doctrinal a jusqu'ici dominé cette étude sur la méthode en droit international privé ; ce point de vue n'est pas le seul à considérer. Il ne suffit pas à une bonne doctrine de spéculer sur ce qui doit être, sur ce qui sera un jour, il faut aussi qu'elle considère ce qui existe, le droit vivant et quotidiennement appliqué. A ce point de vue la méthode change complètement. La loi, la jurisprudence, les traités, la coutume sont les sources à consulter tout d'abord; ce sont elles qui doivent dicter au juge sa réponse aux questions de droit international privé proposées à la barre de son tribunal. Pour le juge il n'y a pas de droit international privé au sens général et scientifique du mot, mais bien une doctrine nationale plus ou moins riche et s'appliquant à la solution des questions comprises dans le domaine du droit international privé. Pour autant que cette doctrine existe, le juge est tenu de s'y conformer et de faire abstraction de ses opinions personnelles pour se plier aux volontés exprimées par le législateur. Le juge est le serviteur de la loi: il lui est interdit de regarder au delà[2].

[1] Gemma (*Propedeutica*, pp. 54 et suiv.) observe que la loi intérieure a une influence sur le droit international privé en ce qu'elle donne aux institutions civiles qu'elle organise leurs caractères, caractères qui, à leur tour, déterminent le régime international propre à chacune de ces institutions. Cette pensée est juste à la condition de n'être pas exagérée. Il est certain qu'un législateur, qui donnerait à une institution une qualification fantaisiste sans rapports avec sa nature vraie, n'empêcherait nullement un juge étranger de dégager le caractère véritable du droit en question et de lui appliquer le régime international propre aux droits de cette espèce. Le législateur, en notre matière, est, comme on l'a vu plus haut, un définiteur et non un véritable créateur du droit.

[2] Par suite, le juge français n'appliquera la loi étrangère qu'autant que le législateur français lui aura ordonné ou au moins lui aura permis

Est-ce à dire qu'il ne reste aucune place sur ce terrain qui puisse être livrée à l'influence des sources doctrinales de notre science ? Rien ne serait moins exact que cette opinion. Aucun pays ne possède même l'esquisse d'un droit international privé promulgué. Les lois écrites se bornent à quelques solutions très générales, laissant la formation du droit à l'interprétation et il ne s'en est trouvé aucune jusqu'ici qui ait pris soin d'indiquer au sujet de chaque rapport de droit le régime international auquel il serait soumis. En réalité, il n'est aucune matière juridique dans laquelle le juge soit aussi souvent obligé de recourir à ses propres lumières. Son premier soin sera de discerner les intentions du législateur et quelquefois ces intentions seront assez nettes et précises pour suppléer au silence du texte. Mais le plus souvent il n'en est pas ainsi. Bien que le droit international privé progresse en importance et occupe, dans les codifications les plus récentes, une place toujours plus grande, il demeure vrai que le plus grand nombre des questions de son domaine échappe entièrement à l'attention du législateur; le juge puise donc en réalité dans son propre fonds les intentions qu'il lui prête. En pareil cas le recours aux principes généraux est de toute nécessité. S'il est possible de démontrer qu'un législateur s'est référé à une théorie connue, le juge sera en droit d'emprunter à cette théorie la solution des questions pendantes devant lui. A défaut de cette ressource il appliquera la coutume généralement acceptée, s'il en existe une sur ce point, et en dernière analyse il adoptera

de le faire. Mais ici se présente une question subsidiaire fort curieuse : lorsque la loi étrangère est douteuse, le juge français l'interprétera-t-il à sa guise ou devra-t-il se conformer à l'interprétation admise dans le pays auquel cette loi appartient ? La logique voudrait la première solution, car le juge français, même lorsqu'il applique la loi étrangère, garde toute sa liberté d'appréciation. La Cour de Douai, 7 mai 1901 (Cl. 1901, p. 810), a préféré la seconde, appliquant à un testament rédigé en Belgique l'interprétation belge (différente de l'interprétation française) de l'art. 970 du code civil. La Cour n'a pas motivé son opinion. Il y a une parenté certaine entre cette décision et la théorie du renvoi.

la solution qui lui paraîtra la plus juste et la plus conforme aux exigences du commerce international. On voit donc que la doctrine, soit incorporée dans la coutume, soit même réduite à sa seule autorité scientifique, est indispensable à combler les lacunes de la loi écrite en droit international privé.

L'interprétation des codes les plus récents est plus facile que celle des lois qui les ont précédés. On peut, sans gros risque d'erreur, emprunter à la théorie italienne moderne le commentaire des dispositions des codes italien et espagnol, leurs auteurs s'étant visiblement inspirés des idées de Mancini et de son école [1].

46) Au contraire, l'interprétation du code civil français a soulevé une question générale fort controversée. Est-on autorisé dans le silence de l'art. 3 à se référer à l'ancienne théorie des statuts? La jurisprudence française n'a pas hésité à revendiquer cette plate-forme pour ses décisions et on la voit user couramment des notions anciennes du statut réel et du statut personnel. Est-elle fondée à le faire? Beaucoup d'auteurs le pensent [2]. Leur principale raison est que si l'intention d'adopter la doctrine des statuts ne transparaît pas clairement dans le texte de l'art. 3, elle se manifeste au moins dans les travaux préparatoires. On cite en ce sens une déclaration de Portalis et un passage emprunté à un discours du tribun Faure. Mais l'un et l'autre

[1] Il serait difficile, au contraire, d'indiquer la source des dispositions de la loi d'introduction au code civil allemand (art. 7 à 31) relatives au droit international privé. Ces dispositions, dans lesquelles les principes sont près de disparaitre sous une foule d'exceptions et de réserves, ne procèdent d'aucune théorie arrêtée et ménagent sans doute de pénibles surprises à ceux qui devront les appliquer.

[2] V. sur ce point l'ouvrage de M. Barde, *La théorie traditionnelle des statuts*, contenant un développement intéressant des applications de la théorie ancienne dans notre droit nouveau, et la *Synthèse du droit international privé*, de Vareilles-Sommières, t. I, pp. 186 et suiv. Ces deux auteurs ne laissent pas, du reste, de prendre avec la théorie des statuts certaines libertés qui la défigurent sensiblement. Cf. Rolin, *Principes*, t. I, p. 89.

ne contiennent, au plus, que de vagues allusions à la théorie des statuts et on pensera que ce point d'appui est bien faible pour y accrocher une aussi lourde conséquence [1]. Du reste la lecture des travaux préparatoires fait naître plutôt cette idée que les rédacteurs de l'art. 3 ne se rendaient nullement compte de l'importance de la disposition qu'ils inscrivaient dans leur œuvre. L'autorité incontestée de la théorie des statuts dans notre ancien droit est sans doute le meilleur argument que l'on puisse faire valoir en faveur de son maintien dans le droit nouveau ; mais, d'autre part, il faut observer que des trois alinéas que comprend l'art. 3 il en est un, le premier, qui est complètement étranger à la théorie des statuts et un autre, le troisième, qui interprété comme substituant la nationalité au domicile dans la détermination du statut personnel, est en contradiction absolue avec les précédents de la même théorie. Il est difficile, après cela, de soutenir que les rédacteurs du code civil ont voulu faire revivre dans notre droit la théorie des statuts; la vérité nous paraît être qu'ils n'ont rien voulu

[1] En réalité, Portalis, Faure, Grenier, font des allusions assez légères à la théorie traditionnelle lorsqu'ils parlent soit « de la distinction des lois relatives à l'état et à la capacité et de celles qui règlent la disposition des biens. » (Portalis) ; « d'une matière connue dans le droit sous le titre de statuts personnels et de statuts réels » (Faure) ; « des principes enseignés par tous les publicistes généralement admis chez les nations civilisées » (Grenier). Les rédacteurs du code civil, trop facilement convaincus du mérite de leur œuvre, n'ont prêté qu'une attention médiocre à nos questions. La preuve en est dans la disparition fortuite des dispositions du premier projet touchant les lois sur la forme des actes et sur le régime de la propriété mobilière. Brocher, dans son *Étude sur les principes généraux consacrés par le code civil comme bases du droit international privé;* Despagnet, *Précis*, pp. 192 et suiv. ; Weiss, *Traité élémentaire*, pp. 270 et suiv. ; Audinet, *Principes élémentaires*, pp. 215 et suiv. ; Surville et Arthuys, *Cours élémentaire*, pp. 34 et suiv., proposent un système mixte tendant à ne lier l'interprète à l'ancien droit que sur les points où celui-ci, dans son dernier état, possédait des règles fixes acceptées par la pratique. C'est réduire à peu de choses l'influence de la doctrine des statuts. On ne saurait même dire, avec un pareil système, lequel du statut personnel ou du statut réel doit être présumé, car, depuis Bouhier, l'unité n'existait plus sur ce point essentiel.

du tout et ne se sont même pas posé la question que l'on discute si vivement.

Notre conclusion sera donc que le juge n'est pas lié chez nous par une tradition certainement conservée ; il est libre de remplir à l'aide de ses propres lumières les lacunes de la loi et, pour donner une application pratique de cette liberté, nous dirons qu'il n'y aurait de sa part rien d'illégal à repousser l'ancien principe de la territorialité des successions immobilières [1].

On remarquera du reste que la jurisprudence, tout en adoptant en principe la doctrine des statuts, a pris avec elle les plus étranges libertés. Cette théorie est plutôt pour nos juges une ressource en cas d'embarras qu'un guide constamment écouté. L'influence croissante de la nationalité, l'introduction de la notion du domicile autorisé, l'abandon de la distinction entre la capacité générale et la capacité spéciale, l'extension progressive du principe de l'autonomie de la volonté sont autant de témoins de ce mouvement. On dira peut-être que notre jurisprudence voit dans la doctrine des statuts une théorie toujours en voie de progrès. Cette explication rapproche singulièrement les manières de voir des deux partis opposés dans la question, mais aussi on aperçoit qu'elle réduit à rien la portée pratique de l'affirmation du maintien de la théorie des statuts dans le code civil. Il est toujours permis avec elle d'avancer qu'un état social nouveau exige une correction de plus dans les règles anciennes.

[1] Cf. Gény, *Méthode d'interprétation*, pp. 416 et suiv.

CHAPITRE V

De la loi internationale.

47) La loi internationale que cet ouvrage a pour objet de dégager n'est pas, on le sait, une loi commune que l'on tenterait de faire accepter aux peuples aux lieu et place de leurs législations respectives. C'est un système de conciliation destiné à fixer les limites rationnelles de l'autorité

respective de ces législations dans tous les cas où le commerce international aboutit à créer un conflit entre leurs principes. Avant d'aborder la recherche de sa formule, il n'est pas inutile, à ce qu'il semble, d'analyser les conditions générales auxquelles doit satisfaire une loi ayant cet objet et destinée à exercer son influence dans les circonstances que nous savons.

Ce sont là travaux d'approche qui, précisant le problème à résoudre, permettent d'éliminer à coup sûr toutes les solutions qui ne correspondraient pas aux exigences qu'ils auront mises en lumière et nous conduiront plus sûrement aux solutions qu'appelle la nature même des questions posées. Les conditions générales que doit remplir la loi internationale sont contenues en germe dans les données du problème qu'elle doit résoudre. Nous en connaissons déjà quelque chose. Nous savons que la loi internationale doit, pour remplir sa fonction, être une loi unique, commune à tous les peuples, assez générale pour répondre aux trois grandes questions que comprend le droit international privé, assez respectueuse des droits de souveraineté toujours engagés dans les débats de cet ordre pour s'imposer également à tous les États intéressés.

Ces notions sont fondamentales. Insistons un peu ; elles vont nous fournir un certain nombre d'indications précises quant aux qualités que devra réunir cette loi internationale que nous cherchons à déterminer.

48) Nous rappellerons d'abord que le premier caractère d'un droit est la certitude, qualité précieuse pour le juge, plus précieuse encore pour les parties : un droit incertain est une menace plus qu'un secours. En parlant plus haut de cette incertitude en quelque sorte extérieure qui provient de la pluralité des systèmes (ou définitions) de droit international privé en vigueur dans divers États, nous nous sommes attaché à faire ressortir la gravité de ce vice et nous en avons déduit la nécessité d'un système de droit international privé, uniforme dans tous les États civi-

lisés. Il faut ajouter à cela qu'une autre cause d'imperfection grave pour notre science est son incertitude intérieure, c'est-à-dire le défaut de principes dirigeants suffisamment nets pour garantir une véritable continuité de vues dans l'application du droit. On serait tenté de regarder cette seconde cause d'incertitude comme pire que la première, elle a en tout cas quelque chose de plus fâcheux pour les particuliers, car quelques précautions que puissent prendre ceux-ci pour s'assurer l'avantage d'un for antérieurement choisi par eux (au moyen d'élections de domicile ou de conventions relatives à la juridiction) ils ne sauraient éviter le danger qui les menace du chef de l'incertitude de la doctrine en vigueur auprès des tribunaux compétents.

On pensera, à juste titre, qu'il ne faut pas abandonner à la seule action de la jurisprudence l'élaboration des doctrines de droit international privé. Dans tout système de droit l'action de la jurisprudence est indispensable. Les questions auxquelles donnent lieu les rapports d'ordre privé sont nombreuses et variées, à ce point que le législateur le plus soigneux ne peut jamais en prévoir que la moindre partie. Il appartient ensuite au juge de dégager l'esprit de la loi, de mesurer ses conséquences, de la compléter par un appel constant aux principes généraux du droit. Là est la fonction propre du juge ; elle est, en importance, au moins égale à celle du législateur. Mais un État bien ordonné ne doit pas aller plus loin et confier au juge le soin de faire la loi. Une loi construite à coups d'arrêts sera toujours vacillante et obscure, ce sera comme un commandement proféré en un langage indistinct, une cause de confusion au lieu d'un principe d'ordre et de tranquillité sociale.

Il semble donc bien que dans une matière comme la nôtre où la certitude est partieulièrement difficile à obtenir, la seule action de la jurisprudence est insuffisante. Il faut certains principes, certaines idées directrices qu'il appartient à la doctrine de découvrir, au législateur de faire

passer dans la pratique par le moyen de la loi ou par celui du traité.

49) L'examen de la jurisprudence anglo-américaine est bien fait pour confirmer ces prévisions. Tout le monde sait que cette jurisprudence, mue par son attachement aux doctrines anciennes, professe sur bien des points des idées fort différentes de celles qui prévalent ou tendent à prévaloir sur le continent. Le domicile y joue en général le rôle attribué ailleurs à la nationalité ; il n'est pas rare que la loi du lieu où l'acte est fait soit considérée comme déterminant la capacité des parties, l'influence du statut réel y est beaucoup plus accusée que chez nous, la règle *locus regit actum* n'y bénéficie pas d'une application aussi générale. Ces raisons suffisent à expliquer la scission profonde existant entre la doctrine anglaise et les diverses doctrines continentales, comme l'attachement bien connu des Anglais à leurs traditions nationales fait comprendre que la Grande-Bretagne se soit tenue à l'écart de ce grand mouvement vers l'unification, qui s'est affirmé dans les conférences de La Haye.

Il y a plus. Quiconque a pris contact avec la littérature anglaise a été frappé de son extrême incertitude dans la matière qui nous occupe. Il est évident que la *common law,* dans le domaine de laquelle rentrent nos questions, n'est pas fixée du tout sur ce point. Elle ne fournit à la vérité que des décisions d'espèces et bien souvent les inductions que l'on pourrait se voir fondé à tirer d'un arrêt se trouvent renversées par un autre arrêt. Et ainsi des ouvrages composés par des hommes d'un grand mérite, également versés dans la science et dans la pratique, se réduisent à être des recueils de cas qui ne laissent à l'esprit qu'une impression assez confuse[1]. Il est difficile à

[1] Cette impression est familière à tous ceux qui ont pris contact avec la littérature juridique anglaise sur la matière. Les précautions oratoires prises par les meilleurs jurisconsultes, lorsqu'ils entreprennent de résu-

une science de se développer dans des conditions semblables, il est difficile surtout à une discipline entourée de pareils doutes et de si nombreuses obscurités d'atteindre son but de réglementation juste et uniforme des intérêts confiés à sa garde. Quelque respect que l'on porte à ces grands juges anglais, dont le nom a atteint à une véritable célébrité, on peut penser que la voie par eux suivie est mauvaise et de nature à augmenter le nombre des procès qu'ils auraient sans doute à cœur de réduire.

Ce défaut n'est pas particulier à la jurisprudence : il infecte aussi certaines doctrines et notamment la plus célèbre de toutes, la doctrine de Savigny [1]. On sait que ce jurisconsulte a donné à son système les traits généraux suivants. La personne a un droit qui lui est propre et qui se détermine par le domicile. En outre, chaque rapport de droit appartient à un domaine de droit particulier et le droit propre à ce domaine s'impose aux personnes qui forment entre elles le rapport correspondant. Le problème de la solution des conflits revient donc à se demander dans chaque cas à quel domaine de droit appartient le rapport de droit en question ou, en d'autres termes, quel est le siège de ce rapport. Parmi les rapports de fait qui peuvent servir à déterminer le siège d'un rapport de droit et entre lesquels il s'agira de choisir pour chaque espèce, Savigny énumère :

mer la jurisprudence en vigueur dans leur pays, montre bien qu'il n'existe dans leur esprit même aucune certitude touchant la direction prise par cette jurisprudence. Elle se dégage très nettement du dernier et fort remarquable ouvrage de Dicey *(a Digest of the law of England with reference to the conflict of laws)* et aussi du livre justement estimé de Westlake *(a Treatise on private international law)*. Nous relevons comme particulièrement intéressant ce fait que l'ouvrage de Dicey est précédé d'une introduction théorique considérable (pp. 1 à 62). C'est la première fois, à notre connaissance, que cette méthode est suivie par un auteur anglais. Cette incertitude devrait être supportée si elle était inévitable, mais il n'en est rien et une loi écrite pourrait fort bien contenir certains grands principes nettement énoncés, qui faciliteraient singulièrement l'œuvre d'application et de développement qui appartient naturellement à la jurisprudence. La construction du code italien nous paraît, à ce point de vue, bien supérieure à celle du nouveau code allemand.

[1] Savigny, *Droit romain*, t. VIII, part. §§ 360 et 361.

le domicile de l'une des parties intéressées dans le rapport, le lieu de la situation de la chose qui en fait l'objet, le lieu d'un acte juridique fait ou à faire, le lieu du tribunal appelé à connaître du rapport de droit.

On peut adresser à cette doctrine bien des objections. Ainsi Savigny ne justifie nulle part son affirmation que la personne, lorsqu'elle entre dans un rapport de droit, est par là même soumise au droit particulier de ce rapport et cesse par là d'être assujettie au droit propre à sa personne. Mais la principale critique qui puisse être faite repose sur l'extrême indécision de cette méthode. Entre les diverses circonstances de fait indiquées par Savigny (sans compter celles qu'il n'a pas indiquées, par exemple la considération de la loi du lieu où le rapport d'origine purement légale doit avoir son effet) comment choisira-t-on? Quelle raison aura-t-on de s'arrêter de préférence à l'une ou à l'autre des circonstances mentionnées? Existe-t-il une loi fixe sur ce point? Savigny ne nous le dit pas et, lorsqu'il raisonne, il emprunte le plus souvent les motifs de sa détermination à la volonté des parties, ce qui est une très mauvaise raison, nous le verrons plus loin.

On conçoit qu'une méthode semblable ne peut conduire à cette unité de direction et de vues dont notre science a un si pressant besoin. L'événement, du reste, a démontré lui-même l'existence et la gravité de ce défaut. Les disciples de Savigny lui ont emprunté sa méthode et elle les a conduits à des résultats tout différents de ceux auxquels leur maître s'était arrêté. La comparaison des doctrines de Savigny et de de Bar est fort instructive à cet égard. De Bar, qui a très bien aperçu le côté faible de la doctrine de Savigny, se porte vers un autre principe, la nécessité résultant de la nature des choses, sans éprouver auparavant si la nature des choses emporte avec elle une nécessité véritable et précise[1], propre à dicter au juris-

[1] Les défauts de l'argumentation reposent sur la considération de

consulte ses solutions. Aussi, quoique le livre de de Bar soit à nos yeux le meilleur de ceux qui ont été écrits à notre époque, nous devons reconnaître que la doctrine dont il s'inspire est plus vague encore que celle de Savigny, car il n'est rien, que l'on ne puisse faire rentrer dans cette expression indéfiniment élastique de nature de la chose[1]. Si l'on descend aux détails, on verra en outre, que les opinions de Savigny ont exercé peu d'influence sur celles de ses disciples et cela s'explique par leur défaut de précision. En faut-il un exemple : que l'on compare en matière de succession la doctrine simple et nette de Savigny à la théorie compliquée et difficilement intelligible de de Bar. Comment un même principe peut-il aboutir à des résultats aussi éloignés sur un point d'une telle importance ?

Les mêmes critiques atteignent à plus forte raison les auteurs qui, à l'exemple de Zachariœ, voudraient soumettre un droit à la compétence exclusive de la loi du lieu où il doit recevoir son exécution[2].

50) Il faut donc certains principes et, pour qu'il existe un véritable droit international, ces principes doivent être obligatoires. Il est en effet de l'essence de la loi d'obliger ceux à qui s'adressent ses commandements. Les particu-

la nature des choses (V. Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, pp. 3 et s.) d'où nous extrayons ce passage frappant : « *Bekanntlich pflegt man sich in solcher Verlegenheit auf den "Geist" des gesamten Rechts zu berufen oder man verweist auf die " Natur der Sache ". Das eine und das andere kommt auf dasselbe hinaus. Jener Geist ist so wenig mit Sicherheit fassbar, wie diese Natur der Sache ; beide Male handelt es sich nur um Namen für ein grosses Unbekanntes* ». Zitelmann reconnaît du reste, contrairement à l'opinion de Niemeyer, que même dans le silence de la loi la solution des questions de droit international privé n'est pas laissée à l'arbitraire du juge.

[1] De Bar, *Theorie und Praxis*, t. I, pp. 105 et suiv. Il est intéressant de constater que de Bar prend son premier point d'appui dans le droit des gens (p. 107). Il n'est pas allé assez loin dans cette voie à notre avis. Zitelmann, plus conséquent avec son principe, a tiré sa théorie tout entière du droit des gens.

[2] Schaeffner, *Entwickelung*, pp. 31 et suiv.

liers doivent se soumettre aux préceptes du droit international, parce que les États dont ces particuliers sont les nationaux y sont eux-mêmes soumis. Ce sont des points déjà étudiés, nous n'y reviendrons pas.

Mais il est intéressant de se demander à quelles conditions une loi internationale pourra être réputée obligatoire pour des États qu'aucune autorité supérieure, sauf celle de leurs intérêts communs, ne réunit. A notre avis, une doctrine ne pourra prétendre au caractère obligatoire de la loi, qu'autant qu'elle s'appliquera à tenir en égal respect toutes les souverainetés intéressées à chaque question du ressort de notre science. Ceci demande quelques explications. Ce qui caractérise le droit international privé, c'est que les questions qu'il embrasse mettent en présence plusieurs lois, ou, ce qui revient au même, plusieurs souverainetés. Ce caractère est bien apparent dans les conflits. Il existe également dans les questions concernant la condition des étrangers et l'exercice des droits acquis.

Un rapport international d'ordre privé a donc des attaches avec plusieurs pays, soit par suite de la nationalité (ou du domicile) des personnes qui y sont impliquées, soit à cause de la situation des biens dont il s'agit, soit parce qu'un acte a été fait à l'étranger, etc. Ces diverses circonstances, qui concourent à justifier l'application du droit intérieur aux affaires purement intérieures, donnent lieu, lorsqu'elles se sont produites dans des pays différents, aux questions de notre domaine. On n'observe pas assez ce fait, que chacune des lois en présence dans un conflit a des prétentions sérieuses à être appliquée, non seulement parce que chaque législateur peut se trouver en fait dans la possibilité de trancher le débat par la préférence donnée à sa propre loi, mais parce qu'en droit chacun d'eux peut avoir des motifs fondés de consacrer cette préférence. Loin de penser que parmi les lois en conflit une seule est compétente à l'exclusion de toutes les autres, il faut dire au contraire, que toutes ces lois sont en principe compétentes, mais qu'elles le sont inégalement et que l'œuvre de la doctrine

consiste à discerner entre toutes celle dont la compétence repose sur les raisons les plus fortes. Il est certain, en effet, que, par suite de l'existence du conflit, aucune de ces lois n'a une compétence aussi entière que celle que possèdent les lois civiles à l'intérieur d'un pays; il n'est pas moins certain que chacune d'elles peut se recommander de l'une des raisons (nationalité des parties, situation des biens, lieu de l'acte fait) qui réunies fondent à l'intérieur la compétence exclusive de la loi locale.

Cette remarque est de nature à nous détourner de tous les systèmes absolus.

51) Nous rejetterons, pour cette raison, les deux partis extrêmes de la réalité et de la personnalité des lois. L'axiome, toutes les lois sont territoriales, a servi pendant des siècles de base à la théorie des statuts : très combattu aujourd'hui, il n'en a pas moins été conservé par la jurisprudence et tout récemment un auteur a tenté de donner une nouvelle vie à ce qu'il apppelle cet immortel *de cujus*[1].

Cet axiome a-t-il jamais été juste? Il est difficile de le dire, actuellement il ne l'est pas. On peut l'affirmer sans hésitation, car il ne correspond nullement à l'état de la société internationale et en outre son application rigoureuse est impossible. Son prestige, encore très grand, paraît tenir à une confusion faite entre l'autorité de la loi et le pouvoir de ceux qui sont chargés de la faire exécuter. Que le pouvoir exécutif soit territorial, cela est incontestable et nécessaire, mais cette territorialité ne vient pas de la territorialité de la souveraineté; elle vient simplement de ce que l'exécution de la loi ne va pas sans la disposition de la force publique et que l'on ne peut pas concevoir deux forces publiques indépendantes l'une de l'autre agissant sur le même territoire. Quant à l'autorité de la

[1] De Vareilles-Sommières dans son ouvrage la *Synthèse du droit international privé*, que nous aurons l'occasion de disculer au cours de cette étude.

loi, elle n'est point du tout exclusivement territoriale. Rien ne s'oppose à ce qu'elle suive les sujets d'un État à l'étranger et, en fait, il n'est aucun État qui n'étende l'autorité de certaines de ses lois à ses sujets expatriés. Si l'on veut une preuve de la rectitude de ce point de vue, on la trouvera dans les lois les plus territoriales de toutes, les lois pénales. Elles frappent d'une peine le crime commis par le national à l'étranger, mais elles attendent pour punir le coupable qu'il soit de retour sur le territoire. La distinction entre l'autorité de la loi et son exécution est ici palpable et il s'agit, remarquons-le, d'un principe que l'on retrouve dans toutes les législations.

Les lois ne sont pas territoriales ou, plus exactement, les lois ne sont pas exclusivement territoriales. Si la territorialité des lois est un principe juste dérivé du grand fait de la formation territoriale des États modernes, ce principe trouve son complément et sa limite dans un autre fait non moins important, le fait du commerce international. Qu'on le veuille ou qu'on ne le veuille pas, le fait du commerce international est incompatible avec la territorialité exclusive du droit. Le commerce international a permis aux hommes de séjourner hors de leur patrie, sans rompre le lien qui les rattachait à elle, c'est un premier et gros échec à la territorialité ; il a consacré la pratique des rapports juridiques entre gens de pays différents et par là, il a conduit fatalement à donner la sanction de la loi à des actes faits à l'étranger sous l'empire de lois étrangères. En un mot le commerce international serait impossible sans l'attribution d'un certaine personnalité à la loi. Du jour où il a été pratiqué et reconnu, la personnalité des lois a été reconnue du même coup.

L'histoire des doctrines reposant sur l'idée de territorialité du droit est une démonstration sans réplique de cette vérité. Que trouvons-nous dans la théorie des statuts? Des lois personnelles à côté des lois réelles. Ces lois personnelles sont, on ne saurait le répéter trop, une anomalie et portent avec elles une contradiction. S'il est vrai, comme

le pensaient les statutaires, que les lois sont territoriales, parce que le pouvoir souverain dont elles émanent est lui-même territorial, cela est vrai de toutes les lois sans exception et quel que soit leur objet. On objecterait en vain que les lois concernant la personne sont attachées à la personne. Les lois concernant la personne émanent du même législateur que les autres. Si les pouvoirs de ce législateur sont territoriaux, il n'est pas douteux que ces lois ne peuvent être que territoriales.

Et cependant il n'est pas de jurisconsulte réaliste qui ne se soit approprié cette incorrection, cette absurdité, obéissant ainsi malgré lui à une nécessité plus forte que son prétendu principe.

52) La théorie des statuts fut fort attaquée en Allemagne au XVIII[e] siècle et même déjà au XVII[e], mais son principe fondamental demeura d'elle ce qui se maintint le plus longtemps en vigueur[1]. De là quantité de systèmes dont les auteurs essaient en vain et par tous moyens de réconcilier ce véritable dogme avec les nécessités de la pratique. Leur effort a été intéressant, bien que fatalement condamné à l'insuccès et il faut savoir gré à Waechter de nous en avoir conservé le souvenir. Maurenbrecher[2], pour justifier l'application extraterritoriale des statuts concernant les qualités de la personne ou sa capacité de droit, allègue le res-

[1] L'autorité de la doctrine des statuts a été, à ce qu'il semble, assez passagère en Allemagne. Waechter (*Archiv*, t. I, pp. 270 et suiv.) affirme que la distinction des statuts ne s'y répandit qu'à la suite des travaux de d'Argentré, de Burgundus et de Voet et rapporte qu'au XVII[e] siècle elle y fut déjà attaquée. Au XVI[e] siècle, la jurisprudence de la Chambre impériale se résumait dans les trois principes suivants : territorialité des droits et prétentions sur les choses, territorialité des statuts relatifs à la personne (en principe au moins), validité internationale des actes privés satisfaisant aux formes légales du lieu où ils étaient accomplis.

[2] Waechter (*Archiv*, I, pp. 300 et suiv.), lui répond, avec raison, que si son principe est juste il aboutit à cette conséquence beaucoup plus générale que chaque rapport de droit doit être considéré comme soumis aux lois sous l'empire desquelles il a été acquis ou fondé.

pect des droits régulièrement acquis. Il faisait en cela une mauvaise application d'une idée juste. La capacité n'est jamais un droit définitivement acquis. Elle s'apprécie à propos de chaque acte en particulier, telle qu'elle existe au moment où cet acte est fait. La notion du respect des droits acquis ne peut ici servir en rien à la solution de la question. Kori[1] invente un autre moyen de concilier les rigueurs du principe avec les nécessités de la pratique. Il veut que l'on applique les lois étrangères soit aux conditions de l'acte juridique accompli par la personne, soit à sa capacité lorsque cet acte est destiné à faire sentir son influence sur des biens situés à l'étranger. Cette exception paraît être elle-même une conséquence du principe de la territorialité. Mais Waechter lui objecte que cette règle, fût-elle juste, ne saurait obliger un juge à appliquer une loi étrangère. Un groupe très considérable d'auteurs allemands (Cocceji, Glück, Eichhorn, Mittermaier, Titius, Meier, Tittman[2]), pensait échapper à l'effet trop absolu de la territorialité, en le modérant par l'idée du respect des droits régulièrement acquis. En se plaçant à ce point de vue que la loi n'a d'effet que sur le territoire du souverain qui l'a promulguée, ce principe ne saurait signifier qu'une chose, c'est que les droits acquis dans un pays conformément aux lois de ce pays doivent y être considérés comme valables, nonobstant tout changement de législation ; il ne saurait avoir pour effet de faire considérer comme valables dans un pays des droits régulièrement acquis dans un autre pays. C'est ce que Waechter

[1] Waechter (*Archiv für civilistiche Praxis*, p. 304), Cocceji, Hertius suivent cette doctrine. Kori, qui assujettissait à la loi de la situation des biens, la capacité des personnes, le contenu des actes et jusqu'à leur forme, admettait en même temps l'effet international des jugements étrangers rendus par un tribunal compétent. C'est une inconséquence manifeste. Au reste Waechter se demande lui-même s'il a bien saisi la pensée de Kori. Cela nous dispense d'insister.

[2] Waechter, *Archiv*, II, pp. 1 et suiv. C'est l'opinion de Maurenbrecher généralisée.

objecte aux partisans de ce système [1] et il ajoute que l'idée de respect des droits acquis ne peut servir à la solution des conflits, car elle suppose que la loi compétente a été observée, alors que cette loi est inconnue et qu'il faudrait la déterminer. Ce reproche est fondé. Le respect des droits acquis est, à notre avis, une notion fondamentale du droit international privé, mais à la condition que la loi compétente ait été préalablement découverte et observée.

D'autres, plus hardis, se référaient à l'autorité de la loi du domicile, comme étant celle à laquelle l'homme est le plus naturellement soumis (Eichhorn, Mittermaier, Schweppe, Goeschen [2]). Ils entendaient en tirer seulement cette conséquence, que le sujet doit être jugé d'après les lois de son pays par les juges de ce même pays, même pour les actes par lui passés à l'étranger. Ils n'apercevaient pas, que cette prétention ne concorde déjà pas avec le système de la territorialité du droit et en outre, qu'elle a pour suite inévitable d'obliger le juge à appliquer le même principe à l'étranger. Or ils n'admettaient probablement pas cette conséquence.

53) Une autre école est beaucoup plus intéressante pour nous par la direction qu'elle a donnée à ses doctrines. Elle comprend les jurisconsultes qui, d'après Waechter, avaient recours au droit naturel, en ce sens qu'ils cherchaient la

[1] Par une singulière contradiction l'auteur admet que des droits irrégulièrement acquis dans un lieu ne peuvent avoir aucun effet dans un pays étranger à la législation duquel ils seraient conformes. On ne voit pas du tout la raison de la différence faite entre les deux hypothèses. Si la nullité d'un acte juridique peut avoir un effet international, pourquoi la validité de cet acte n'en aurait-elle pas? Waechter montre bien, du reste, que cette théorie peut conduire à des résultats absurdes (v. son exemple sur la prorogation de juridiction) et qu'elle est incompatible avec toute indépendance de l'État dans les questions de législation. L'argumentation de l'auteur sur ce point pourrait être opposée, sans modification aucune, aux partisans de la théorie actuelle du renvoi.

[2] Waechter, *Archiv*, II, p. 9. Eichhorn faisait exception à son principe, au cas où les parties se seraient soumises à une loi différente et aussi au cas où la nature de la puissance législative exigerait l'application d'une loi autre que celle du domicile (?).

solution du problème dans une obligation naturelle des États les uns à l'égard des autres, ou dans ce qui convient le mieux à la nature des rapports objets de notre science. Cette école peut revendiquer le nom du grand jurisconsulte Pufendorf [1] et a compté en outre un grand nombre d'adhérents (Titius, Meier, Weber, Tittman, Hartoch). Cette doctrine mérite une mention particulière, car elle contenait le germe d'idées auxquelles une grande fortune était réservée dans l'avenir de notre science. Pour quelques-uns de ses partisans, elle n'était guère autre chose que la doctrine de la courtoisie déjà fondée par Voet (Stryk, Huber, Seeger, Mittermaier), ceux-là prenaient comme base l'utilité commune des nations. Mais chez d'autres, on voit poindre cette idée, que la nature des choses impose dans ce domaine certaines solutions, auxquelles tous les intéressés doivent se conformer. On retrouvera cette même idée à la base de l'enseignement de Savigny et de ses successeurs. Elle ne craint pas enfin de parler de véritables obligations des États, consacrant ainsi un principe partiellement accepté aujourd'hui par le plus grand nombre et qui, pour nous, est le seul fondement solide que puisse avoir le droit international privé.

Waechter objecte à cette doctrine, qu'elle confond le point de vue législatif avec le point de vue judiciaire. Ce n'est pas à vrai dire une critique, car tous les auteurs qui ont écrit sur cette matière ne se sont naturellement pas placés au même point de vue. En outre, cette critique fût-elle juste, qu'elle ne serait qu'à moitié fondée. En effet un moment arrive où le juge, ne trouvant plus aucun secours dans le texte de la loi qu'il doit suivre, est obligé d'emprunter les motifs de sa décision à ces considérations générales qui guident à l'occasion le législateur.

[1] Pufendorf, *Obs. juris universi*, t. I, obs. XXVIII, § VIII; Waechter, II, pp. 12 et suiv. Nous retiendrons de cette école la définition qu'elle donne de la loi compétente « *Was der Sache am angemessensten und der Bedürfnissen am entsprechendsten ist* ».

54) Cet esprit de conciliation entre l'ancien principe radical de la territorialité et les nécessités du commerce international a trouvé un nouveau et fougueux adepte dans M. de Vareilles-Sommières[1]. Cet auteur prétend faire revivre les pures doctrines des statutaires, en réalité il les modifie profondément en leur donnant un effet que ceux-ci ont toujours ignoré. La loi pour M. de Vareilles est territoriale, mais cette territorialité constituant un principe international s'impose non seulement à l'État de la loi duquel il s'agit, mais à tout autre. Un acte juridique est passé dans un pays, il est soumis (la capacité des parties étant exceptée) à la loi de ce pays, et si plus tard la validité de cet acte est discutée devant les juges d'un autre État, c'est à la loi du lieu d'origine de cet acte que les juges devront se référer en vertu du principe même de la territorialité. Tel n'est pas le sens que prêtaient les anciens au mot territorialité et par ce mot ils n'ont jamais entendu que la faculté appartenant aux juges d'appliquer leur propre loi aux rapports de droit portés à leur tribunal. De plus il y a là une contradiction. Cette même territorialité, qui soumet à la loi d'un pays l'acte fait par un étranger dans ce pays, empêche cette loi de projeter son effet en dehors du territoire de l'État dont le souverain l'a promulguée, et autorise le juge étranger à appliquer la loi étrangère à tous les procès qu'il est appelé à juger. Le principe une fois admis, il en résulte forcément que l'on ne peut appliquer dans l'État que la loi de l'État; on aura beau torturer le mot territorialité, jamais on ne pourra en faire jaillir un principe d'extraterritorialité.

Pour légitimer l'extraterritorialité il faut autre chose. Cette autre chose M. de Vareilles pense la trouver dans le principe de la non-rétroactivité des lois. Ici encore l'auteur se trompe. Le principe de non-rétroactivité suppose des lois successives et non pas des lois simultanées et concur-

[1] De Vareilles-Sommières, *La Synthèse du droit international privé*, t. I, pp. 12 et suiv.

rentes comme elles le sont dans les hypothèses de conflit. De plus, la raison d'être de la non-rétroactivité n'existe nullement en droit international. C'est parce que le législateur d'un pays est garant de l'application de sa loi, qu'au moment où cette loi a disparu, remplacée par une règle nouvelle, il reste cependant tenu d'en reconnaître et d'en sanctionner les effets. Il est impossible de prétendre que le législateur soit d'une façon quelconque garant de l'application des lois étrangères, et par là tombe l'échafaudage sur lequel on a tenté d'exterritorialiser la territorialité.

Les diverses tentatives faites pour rendre possible la cohabitation de la territorialité, considérée comme principe général, et de la personnalité n'ont pas abouti. Elles n'en sont pas moins pleines d''intérêt pour nous, moins comme marque de l'esprit ingénieux de leurs auteurs que parce qu'elles ont favorisé l'éclosion d'idées plus larges et plus justes qui, une fois débarrassées du poids mort qu'elles traînaient avec elles, ont fait faire des progrès sensibles à notre science[1].

[1] La tentative la plus récente est sans doute celle de Zitelmann *(Internationales Privatrecht)*. Cet auteur distingue deux sortes de souverainetés, la souveraineté personnelle et la souveraineté territoriale, l'une exercée par l'État sur les personnes qui sont ses sujets par la nationalité, l'autre sur les choses mobilières et immobilières comprises sur son territoire, souverainetés également respectables au point de vue international et qui correspondent respectivement au point de vue civil à la compétence de la loi nationale et à la compétence de la loi de la situation. Le problème des conflits se ramène, dès lors, pour lui comme pour les statutaires, au point de savoir si une loi concerne les personnes ou les choses *(Internationales Privatrecht*, pp. 82 et suiv., partic. pp. 119 et suiv., 122 et suiv.). Il admet l'exception de l'ordre public. Mais comment concilier ces deux souverainetés quand elles sont en conflit? Contrairement à la théorie statutaire, Zitelmann (pp. 105 et suiv.) considère la souveraineté personnelle comme compétente en général, les droits de la souveraineté territoriale étant restreints à ce qui lui est nécessaire pour remplir ses fonctions. Il argumente, à cet effet, des intérêts de l'État. Cette théorie, solidement établie et très creusée, aboutit à un problème que nous considérons comme malheureusement insoluble, la distinction des droits qui concernent les personnes et des droits qui concernent les choses. Pour ne citer qu'un exemple, Zitelmann (p. 136) comprend le droit d'auteur parmi les droits territoriaux et il le faut bien pour justifier sa réalité : ce droit considéré activement ou passivement ne con-

55) La territorialité des lois ne saurait être le principe fondamental de notre science; leur personnalité n'a pas plus de titres à jouer ce grand rôle. Nous ne parlons pas ici de la personnalité des lois germaniques qui, correspondant à un état social disparu, ne peut être à notre époque rien autre qu'un souvenir, mais du principe de la personnalité tel que l'école italienne de Mancini l'a établi et tel que le reconnaissent les nombreux auteurs, qui font de ce principe la base de leurs doctrines. Dire que la loi personnelle est toujours en principe la loi compétente, c'est encore méconnaître ce grand fait, que là où plusieurs lois se trouvent en présence, plusieurs souverainetés sont en conflit, ayant toutes de bonnes raisons d'être écoutées et méritant au moins de n'être pas sacrifiées à une seule d'entre elles, à moins qu'il n'existe une raison péremptoire d'agir ainsi [1].

Or, quelle serait cette raison? On allègue après Montesquieu que les lois varient d'après la situation, le climat, les habitudes, bref, les circonstances locales. C'est une bonne observation sous la plume d'un philosophe, dans la bouche d'un jurisconsulte un bien pauvre argument. Doit-on se résigner à résoudre un problème si vaste et si sérieux

cerne pourtant que les personnes, il n'a rien de matériel, rien qui permette de le rattacher au sol et à la souveraineté territoriale de l'État. Le tort de cette doctrine nous paraît être, d'avoir poussé trop loin la distinction des deux souverainetés, distinction très bonne lorsque l'on envisage leur effet dans les relations internationales, moins nette et moins sûre si l'on considère leur objet. Cette doctrine a un côté excellent : elle met admirablement en relief le principe du respect dû par les États à leur souveraineté réciproque. C'est une idée qui nous est chère et que nous avons en toute occasion contribué à répandre. Nous la retrouvons avec grande satisfaction vivifiant l'œuvre du jurisconsulte allemand.

[1] V., en faveur de cette doctrine, Mancini, *De l'utilité de rendre obligatoire*, etc. (Cl. 1876, pp. 292 et suiv.); Weiss, *Traité élémentaire*, p. 242; Fiore, *Droit int. privé*, trad. fr., p. 51; Laurent, *Droit civil international*, t. I, pp. 635 et suiv.; Surville et Arthuys, *Précis*, p. 35; Audinet, *Cours élémentaire*, p. 108. Sur la valeur du principe de nationalité, cf. Fusinato, *Il principio della nuova scuola italiana di diritto internazionale privato*, pp. 20 et suiv., et de Holtzendorff, *R. D. I.*, 1870, pp. 92 et suiv.

que le nôtre à l'aide d'un simple motif de convenance, et encore quelle n'est pas la faiblesse de ce motif? Un auteur[1] a eu l'idée de rapprocher les diverses législations dans leurs dispositions concernant l'âge auquel il est permis de contracter mariage. On pouvait s'attendre à voir cet âge s'élever au fur et à mesure que l'on remontait vers le pôle. C'est le contraire qui s'est produit, preuve bien manifeste de ce fait que si les circonstances locales influent en quelque chose sur le contenu des lois, beaucoup d'autres éléments concourent à leur donner leur forme définitive.

Une autre justification a été tentée, plus savante en apparence, plus brillante également, au demeurant plus fausse encore. Mancini[2], dans un discours célèbre, a développé cette idée que la nationalité est à la fois l'élément constitutif du droit public des nations et du droit privé des individus. Ce sont les races qui forment les États et c'est l'État qui donne à l'individu le droit qui le régit. Que l'on ait déduit de là que l'individu doit être soumis partout au droit de sa race, c'est très logique et, si les prémisses étaient justes, la conséquence serait incontestable. Malheureusement les prémisses ne sont pas justes, dans notre état social au moins. Beaucoup d'États des plus considérables et des plus anciens — la France en est un bon exemple — sont formés d'hommes appartenant à des races tout à fait différentes et qui se maintiennent telles pendant des siècles. Ce n'est donc pas l'identité de race qui est la raison d'être de l'État et le droit national est le droit de la communauté nationale, ce n'est pas le droit de la race.

Il ne faut voir dans la doctrine de Mancini que ce qu'elle était en réalité : une thèse politique brillante et fausse, émise au profit d'une cause dont elle a contribué à assurer

[1] Fusinato, *Il principio della nuova scuola italiana, etc.*, pp. 43 et suiv.

[2] Mancini, *Della nazionalita come fondamento del diritto delle genti, prelezione pronunziata, il 22 gennaio 1851.* — L'élément de communauté de race n'est pas le seul dont se sert Mancini pour construire sa théorie de la nationalité. Il y joint la communauté de langue, de mœurs, de croyances religieuses, tous éléments qui soit réunis soit séparés ne peuvent résoudre le problème du fondement du droit à une existence politique

le succès. Les partisans de la personnalité moderne, tout comme les réalistes, admettent des exceptions à leur principe et dans les deux cas ces exceptions contredisent le principe qu'elles ont pour objet de limiter. Si les lois sont par leur nature personnelles, elles le sont toutes et l'on ne comprend plus, par exemple, l'exception d'ordre public qui est pourtant partie intégrante du système italien. L'admission de cette réserve, pratiquement indispensable, prouve bien, que toutes les lois ne sont pas personnelles ou, ce qui revient au même au point de vue international, qu'il en est chez lesquelles le caractère de réalité l'emporte nécessairement sur celui de personnalité. C'est donc que le principe premier n'est pas exact, qu'il n'est pas vrai de toutes les lois et que s'il est vrai de quelques-unes, il ne repose pas sur les raisons générales et absolues que l'école italienne lui assigne.

De ces deux doctrines on peut dire qu'elles tranchent les questions internationales de la façon qu'a employée Alexandre à l'égard du nœud gordien. C'est une solution sans doute, mais il faut avoir l'épée au côté pour donner aux problèmes sociaux des solutions de ce genre.

56) Poursuivons maintenant un autre ordre d'idées. Quels que soient les principes que l'on adopte sur les questions de notre ressort, on conviendra sans peine que les règles destinées à concilier les divers systèmes législatifs des différents pays doivent conserver aux lois leur caractère obligatoire. A ce point de vue particulier, les lois civiles de tous les pays se divisent en deux grandes classes: celle des lois qui commandent ou défendent et, suivant une étymologie du mot loi, lient la volonté des personnes qui leur sont soumises, et celle des lois rendues en interprétation de l'intention probable des parties et qu'une volonté contraire dûment exprimée suffit à destituer de leur effet. Il importe que les lois appartenant à chacune de ces

séparée. Enfin, le célèbre homme d'État attache une importance capitale à ce qu'il nomme la conscience de la nationalité, notion vague et à peu près insaisissable.

deux catégories, conservent dans les rapports internationaux le caractère qui les distingue dans leur effet intérieur. Le droit international privé a pour objet d'étendre l'autorité des lois et non pas de modifier leur nature. Il serait anormal qu'un principe international eût pour résultat de rendre obligatoires des lois qui ont été écrites facultatives. Ce principe serait mauvais. Serait tout aussi mauvais celui qui aboutirait à rendre facultatives en droit international privé des lois, qui, dans le droit intérieur, sont obligatoires. Agir ainsi c'est énerver la loi, c'est la priver d'un caractère considéré comme indispensable à son effet par le législateur qui l'a promulguée; c'est, en définitive, priver les rapports internationaux de la garantie que présente ce caractère de nécessité sociale qui s'attache en général aux actes du législateur.

57) Peu de jurisconsultes ont la conscience nette sur ce point et le premier de tous, Dumoulin, fondateur de la théorie de l'autonomie de la volonté, porte la responsabilité des exagérations commises dans l'application de cette théorie. Lorsque le célèbre jurisconsulte français, dans son *Consilium 53,* décidait par interprétation de la volonté des parties du régime matrimonial d'époux mariés sans contrat, il donnait au régime statutaire un caractère que le droit intérieur ne lui reconnaît pas. Il est vrai qu'à l'époque de Dumoulin et plus encore de nos jours, les futurs époux peuvent arrêter comme ils l'entendent leurs conventions matrimoniales, mais encore faut-il pour cela qu'ils fassent un contrat de mariage. S'ils n'en ont pas fait, le régime de droit commun s'impose à eux comme régime légal rigoureusement obligatoire. On ne considère pas leur intention en droit intérieur[1], à quel titre dès lors se référer dans les rapports internationaux à leur volonté présumée? S'il paraît nécessaire au premier point de vue qu'à défaut

[1] Cela est si vrai que lorsqu'un contrat de mariage est nul en la forme, les époux se trouvent soumis au régime légal. Il est bien certain pourtant que leur intention n'a pas été de s'y soumettre. Cf. Olive, *Étude sur la théorie de l'autonomie*, pp. 82 et suiv.

de contrat leur régime soit déterminé directement et sans contradiction possible par le législateur, cela n'est pas moins nécessaire au second.

Cette théorie, qui sera étudiée de plus près dans un autre chapitre, a donc été exagérée dès sa naissance, elle n'a pas cessé de l'être au cours de son développement et cela s'explique, si l'on pense à la commodité de cette sorte de soupape qu'elle offre aux graves difficultés que renferme notre science. Il est si facile et si vite fait de renvoyer la solution d'une difficulté aux parties elles-mêmes, que l'on ne saurait s'étonner de voir les jurisconsultes user de ce moyen un peu plus que de raison.

Nous n'entendons pas seulement ici nous attaquer aux auteurs qui, comme le fait Hauss[1], placent le principe de l'autonomie à la tête de leurs théories, mais aussi à tous ceux qui lui donnent dans la construction de leurs doctrines un rôle qu'il ne mérite pas. Savigny est de ce nombre. Lorsque dans sa théorie il en vient à rechercher le siège des divers rapports de droit (recherche qui, d'après lui, conduit directement à la détermination de la loi compétente) il utilise surtout deux idées, l'autorité de la volonté des parties et le lien qui unit la compétence juridictionnelle à la compétence législative[2]. Sa méthode est sur ce point évidemment vicieuse. La volonté des parties ne peut ni étendre ni restreindre l'application d'une loi qui est par sa nature supérieure à cette volonté : de même la compétence juridictionnelle est, dans une certaine mesure, sujette à l'influence de la volonté des intéressés. Savigny ne se bornait pas à appliquer ce criterium aux lois interprétatives : on le voit aussi en faire usage au sujet de lois obligatoires qui, comme telles, ne devraient nullement dé-

[1] Hauss réserve, il est vrai, le cas où les dispositions prises par les parties dépasseraient les limites de l'autonomie et se prononce alors pour l'application de la loi du juge ou de la loi étrangère, suivant les cas. Il ne dit ni quelles sont les limites de l'autonomie ni à quelle législation il appartient de les préciser (Waechter, II, pp. 22 et suiv.).

[2] Savigny, *Traité de droit romain*, t. VIII, pp. 109 et suiv.

pendre de la volonté des parties. Ainsi il soumet au droit local de l'obligation[1] les obligations des souscripteurs d'une lettre de change, les conditions de validité de l'obligation, les actions en nullité ou en rescision, la prescription extinctive. Il ne fait exception que pour le cas, où existe une loi positive rigoureusement obligatoire et par les exemples qu'il cite on voit aisément qu'il entend ce que nous appelons aujourd'hui les lois d'ordre public. Savigny fait également intervenir la volonté dans la réglementation internationale du droit de succession ou du régime des époux mariés sans contrat.

Il paraît certain que les opinions exprimées par Savigny ont exercé sur la pratique une influence fort sensible, car, même dans notre pays, la jurisprudence accorde à l'autonomie de la volonté presque toute la portée que lui reconnaissait le jurisconsulte allemand. Cette influence est regrettable. Les juges ne paraissent pas se rendre compte de cette vérité, que toute concession faite à l'autonomie sur la force obligatoire de la loi est pour cette dernière une véritable défaite. On se consolerait vite de cette défaite, si l'autorité de la loi avait quelque chose d'arbitraire et de superflu, mais il n'en est pas ainsi. Les lois ne sont obligatoires que parce qu'il faut qu'elles le soient, dans l'intérêt même de ceux qu'elles sont appelées à régir. On voit alors que c'est au détriment des justiciables que de semblables libertés sont prises avec les principes.

Ces doctrines seraient excusables si elles avaient pour effet de rendre plus facile et plus sûr le commerce international. On ne doit pas critiquer le caractère facultatif donné à la règle *locus regit actum,* bien qu'il soit infecté du même vice, parce qu'il a pour avantage de rendre plus faciles les rapports internationaux et qu'il ne contient du reste qu'une dérogation fort limitée au caractère obligatoire des lois sur la forme des actes. Il en est autrement des irrégularités signalées plus loin. Loin de faciliter le

[1] Savigny, *loc. cit.*, pp. 255, 266, 268, 269, 299, 324.

commerce international, elles le rendent plus incertain et plus risqué en laissant la loi applicable sous le coup d'une perpétuelle indétermination. Cela seul devrait suffire à les faire suspecter. Nous reviendrons plus loin sur ce sujet.

58) Mais il ne suffit pas à la loi internationale de posséder cette force obligatoire intérieure dont jouit la loi lorsqu'elle statue sur des rapports internationaux. Parce que son influence dépasse les limites de l'État, il faut que sa force obligatoire soit générale elle aussi et telle que des États, respectivement indépendants les uns des autres, soient cependant obligés de la reconnaître lorsqu'ils ont à statuer sur les rapports de leurs citoyens.

Cette force obligatoire internationale est évidemment pour la loi à définir la qualité la plus difficile à atteindre. Nous indiquerons plus loin nos idées sur ce point. Pour le moment, remarquons seulement que l'on ne saurait espérer ce résultat, que si l'on base la loi internationale sur des principes communs à toutes les communautés civilisées. Il faut s'élever au-dessus de l'État et des conceptions peut-être insuffisantes, peut-être erronées qu'il se fait de ses devoirs envers les étrangers, si l'on veut arriver à une norme commune également acceptable par tous les États, propre à servir de base à des traités ou à des lois, soucieuse de faire converger leur action vers un but commun.

Nous repoussons par là même les idées préconisées par Waechter[1] dans sa remarquable étude ; elles sont trop certainement impropres à fonder un système de droit véritablement international.

59) La doctrine de Waechter se compose de trois principes : 1° le juge doit d'abord appliquer aux questions de

[1] Waechter, *Archiv*, I, pp. 261 et suiv. Un certain nombre de jurisconsultes allemands sont présentés par Waechter lui-même comme ayant émis des opinions très proches de celles qu'il soutient. Tels sont Mevius, Boehmer, Boeschen, Hartleben, Hofacker, Hauss, Mittermaier, etc. Waechter, II, pp. 15 et suiv.).

notre domaine les solutions expressément dictées par le législateur dont il dépend; 2° à défaut de solutions formelles, il cherchera, dans le sens et l'esprit des dispositions de sa loi nationale sur le rapport de droit en question devant lui, la réponse au point de savoir s'il doit appliquer à ce rapport la loi intérieure ou une loi étrangère; 3° si cette recherche ne lui fournit aucune indication utile, il fera application de sa loi nationale.

La doctrine de Waechter demande à être appréciée en elle-même et au point de vue de l'influence qu'elle pourrait exercer sur la construction d'un système général de droit international privé. Prise en elle-même cette doctrine ne doit pas être dépréciée. Que l'on remarque, en effet, la question que Waechter se posait. Ce n'était pas précisément celle que nous étudions ici, mais uniquement la question de la détermination de la loi que le juge doit appliquer lorsqu'il se trouve en présence d'un rapport de droit international privé. Cela étant, le premier principe est l'évidence même. On pourrait penser qu'il n'a jamais été contesté. Cependant l'auteur nous rapporte l'opinion divergente d'un jurisconsulte du nom de Struve, qui se prononçait pour la compétence de la loi du lieu où le rapport est destiné à produire son effet et qui considérait ce principe comme tellement impérieux que le juge, d'après lui, n'avait aucun compte à tenir du texte même de sa loi nationale, si ce texte lui était contraire. Struve n'a pas eu de disciples. On le comprend de reste.

Le second principe de Waechter est beaucoup moins solide que le premier. Ce n'est pas cependant qu'il repose sur une idée fausse. Si du sens et de l'esprit d'une loi il résulte clairement qu'elle doit ou ne doit pas être appliquée aux étrangers, le juge fera son devoir en se conformant à cette indication. Mais il semble bien que le juge ne puisse tirer à cet égard des inductions sûres du rapport de droit livré à son examen, qu'autant qu'il saura déjà par avance à quels caractères on reconnaît une loi extraterritoriale, à quels caractères une loi territoriale. C'est une

méthode d'application que Waechter fournit là au juge, non une méthode de détermination. L'indigence de ce procédé apparaît bien à la lecture des exemples que donne l'auteur. Le refus d'action pour dettes de jeu est opposable même à celles qui auraient été contractées à l'étranger. Quoi qu'en dise Waechter, voilà une solution qui ne résulte pas du simple refus d'action, mais qui suppose que l'on voit dans cette loi une règle d'ordre public. Les conséquences d'une vente passée par un sujet à l'étranger doivent être régies par la loi étrangère. Oui, à condition que l'on donne au principe de l'autonomie de la volonté un effet international. Une loi particulière (la loi wurtembergeoise du 3 juin 1807) décide qu'un mariage contracté par des sujets à l'étranger sera dénué d'effet, s'il n'a pas été accompagné d'une célébration religieuse. Le juge devra tenir ce mariage pour nul. Sans doute, mais ici le législateur s'est formellement prononcé et quant à affirmer que cette loi ne s'étend pas aux étrangers, Waechter ne peut le faire qu'en invoquant le but de la loi, ce qui sous-entend que le but d'une loi est un élément déterminant de son application internationale. A examiner les choses de près on voit que Waechter ne parvient à tirer du sens et de l'esprit de la loi des conclusions précises que par l'adjonction de certains principes qu'il reconnaît implicitement au moment même où il prétend les éliminer de sa doctrine.

Quant au troisième principe, suivant lequel le juge, à défaut d'indications particulières, devrait appliquer au rapport de droit sa propre loi, il nous parait tout à fait inacceptable. C'est se faire une idée beaucoup trop étroite de la mission du juge que de voir en lui une autorité chargée d'appliquer le droit intérieur. Le juge doit appliquer aux rapports soumis à son appréciation le droit qui convient à leur nature. Il doit, dans sa tâche, se conformer aux ordres du législateur auquel il est soumis, mais si ce dernier a gardé le silence, il reprend une pleine et entière liberté [1].

[1] Cf. Dicey, *loc. cit.*, pp. 20 et suiv. Nous rapprocherons des doctrines

En elle-même la théorie de Waechter peut se défendre : elle a inspiré et elle inspire plus ou moins toutes les jurisprudences, grâce à ce qu'elle contient de vérité, grâce aussi à la commodité du procédé d'interprétation qu'elle fournit au juge. Serait-elle de nature à fournir la base d'une doctrine de droit international, d'une loi véritablement internationale ? Je ne crois pas qu'il soit permis d'hésiter sur cette question. La méthode préconisée par Waechter, bonne dans une certaine mesure pour le juge, ne saurait aider à la constitution d'une loi internationale, bien au contraire. Les dispositions contenues dans les diverses lois positives sont nécessairement infectées d'un esprit particulariste, d'une préférence innée pour la loi et les institutions nationales, qui les rend le plus souvent impropres à être utilisées dans une construction reposant nécessairement sur l'idée première de la parfaite égalité des lois et des souverainetés dont elles procèdent. Quant aux recherches que l'on dirigerait d'après le sens et l'esprit

de Waechter, la tendance plus moderne des jurisconsultes à lier les questions de compétence législative aux questions de compétence juridictionnelle. C'est se rendre par un autre chemin au même endroit, car si la loi à appliquer est celle du tribunal qui doit juger l'affaire, le législateur intérieur, maître de la compétence de ses tribunaux, deviendra le souverain arbitre des solutions à donner au conflit de lois. Il faut ici encore citer le nom de Savigny, car cette liaison des deux compétences a été un de ses procédés de détermination familiers (*Système*, VIII, pp. 109 et suiv.). Il faut aussi mentionner Dicey (*Digest, General Principle n° III*, Introd., pp. 38 et suiv , et *General Principle* n° *V*, p. 56) dont la doctrine, toutefois, est bien différente de celle de Savigny. Il faut donner juridiction à la Cour qui peut rendre dans l'affaire une décision effective et il faut appliquer la loi du pays dans lequel le droit s'est constitué. Mais un droit n'est vraiment constitué que lorsqu'il a une force effective. Le pays où il a acquis cette force sera donc celui dont la loi devra être appliquée et dont les juridictions connaîtront de l'affaire. Il résulte bien de là, que donner compétence à une juridiction c'est déclarer indirectement que la loi du juge sera applicable à l'affaire. Ceci nous explique la grande importance attribuée par les auteurs et les magistrats anglais aux questions de compétence juridictionnelle. Cela nous explique aussi que la pratique anglaise, peu favorable aux lois étrangères, est, au contraire, très large quant à l'exécution à donner aux jugements étrangers.

de chaque loi, l'exemple de Waechter montre qu'elles ne sauraient aboutir à un résultat satisfaisant.

C'est cependant cette théorie qu'adoptent forcément les partisans des méthodes dites positives. Les seules règles valables à leurs yeux sont celles que l'on trouve écrites dans les législations existantes ou que l'on peut inférer de leurs dispositions. Ils suivent en cela la doctrine de Waechter, à laquelle ils prétendent donner une autorité scientifique indiscutable. Nous avons déjà montré qu'un droit international ainsi constitué a un tort capital : il ne répond pas aux besoins internationaux. Ajoutons ici qu'il n'est peut-être pas très sainement compris. Que cette méthode soit suivie en Angleterre, où la jurisprudence demeure la source la plus abondante du droit, cela est fatal, car elle est la méthode qui s'impose au juge. Encore doit-on observer que les auteurs anglais s'appliquent à en atténuer les vices. Phillimore rapporte au droit des gens une part du domaine du droit international privé; Westlake enseigne que la jurisprudence anglaise doit se compléter par des emprunts aux maximes les plus généralement reçues. Dicey expose qu'à défaut de statuts ou de précédents obligatoires le juge anglais doit prendre pour guide les décisions étrangères, l'opinion des jurisconsultes, les arguments tirés des principes généraux[1]. Ce sont des tentatives faites en vue de rendre internationale la doctrine la plus foncièrement nationale qui soit : elles ont partiellement réussi et l'avenir leur réserve probablement un succès plus complet.

Mais sur le continent la situation n'est pas la même. La jurisprudence n'est pas obligatoire, la liberté du juge est plus grande, l'influence des principes généraux plus fréquente et plus forte. Vouloir rechercher ces principes dans

[1] Phillimore (*International law*, t. IV, ch. I) admet que le droit international défend d'infliger à l'étranger aucune injure et de le dépouiller subitement des droits dont on lui a reconnu jusque-là la jouissance. Au delà de ces simples prescriptions tout devient de la *comity*. Cf. Westlake, *loc. cit*,. Introd., p. 23; Dicey, *loc. cit.*, Introd., pp. 21 et suiv.

les législations elles-mêmes ou dans leur comparaison, c'est condamner à une perpétuelle diversité une science qui a besoin avant tout d'unité, c'est emprunter les éléments d'une solution à des circonstances particulières, qu'il faudrait éliminer tout d'abord pour obtenir une loi internationale. C'est, en d'autres termes, tourner le dos au but que l'on veut atteindre.

Le droit international privé se composera d'éléments communs à toutes les législations ou bien il n'existera pas du tout.

Dégageons encore une dernière qualité de la loi internationale.

60) La loi internationale doit s'efforcer de porter au plus haut degré l'autorité des lois nationales dans le domaine des relations internationales. Cette dernière condition que nous posons ici est pour la loi internationale, non pas comme les précédentes une question d'existence et de légitimité, mais une question de perfection. Sous sa formule peut-être un peu compliquée elle signifie simplement ceci : entre plusieurs combinaisons également destinées à résoudre un même conflit de lois, la meilleure sera incontestablement celle qui réussira à concilier les lois en présence, en leur conservant la plus grande part possible de leur autorité. Il tombe sous le sens que lorsque les lois concurrentes sont contraires les unes aux autres, il est matériellement impossible de les appliquer toutes à la fois. Dès lors, le plus sage sera certainement de ménager leur autorité respective dans la plus large mesure, car il est évident encore, que sacrifier l'autorité d'une loi engagée dans un conflit, c'est sacrifier du même coup les intérêts sociaux que cette loi a sous sa garde. On voit que notre dernière condition recouvre une idée fort simple. Nous ne pousserons pas plus loin le développement de cette idée, car nous devrons y revenir avec plus de détails, lorsque nous exposerons les éléments de notre système de solution des conflits de lois.

61) Telles sont les conditions auxquelles doit satisfaire la loi internationale ou, en d'autres termes, tout bon système de solution des conflits de lois. Voyons maintenant quels effets sont attachés à l'observation de ces conditions. Nous allons les examiner en étudiant successivement la condition de l'acte internationalement juste et celle de l'acte internationalement injuste.

L'acte internationalement juste est celui qui a été accompli conformément aux prescriptions de la loi internationale. Est-il besoin de dire ici que nous prenons le mot acte dans son sens le plus large, et comme comprenant tout fait de nature à engendrer des conséquences juridiques internationales. L'acte internationalement juste a cette qualité d'être internationalement valable, c'est-à-dire d'être valable dans toute l'étendue de la communauté internationale. Les droits résultant de cet acte recevront par suite dans un pays quelconque tout l'effet compatible avec les lois et institutions locales. L'acte sera valable, non seulement pour les pays dont les lois ont été à juste titre appliquées, mais pour un pays quelconque, parce que tout État engagé dans la communauté internationale doit reconnaître la validité des actes accomplis conformément aux lois de cette communauté. Sans cette idée de validité internationale de l'acte internationalement juste, notre science n'aurait aucune raison d'être [1].

Ce principe donne la solution d'une série de questions qui se présentent dans le cas malheureusement assez fréquent, où les lois d'un pays contrarient directement quelque principe considéré comme faisant partie du droit international privé. Voici l'exemple le plus connu de questions de cette sorte. L'art. 992 du code civil hollandais interdit aux sujets hollandais de faire à l'étranger un testament en

[1] On verra avec raison, dans cette reconnaissance de validité de l'acte accompli conformément aux lois compétentes, une manifestation de la communauté juridique existant entre nation. A défaut de cette communauté le juge ne devrait tenir pour bons et obligatoires que les actes passés sur le territoire de l'État et conformément à ses lois.

la forme olographe locale, ce qui est contraire à la règle *locus regit actum*, laquelle, d'après l'opinion communément admise, s'applique aux actes sous seing privé aussi bien qu'aux actes authentiques. Si l'on suppose qu'au mépris de la prohibition de sa loi nationale, un Hollandais fasse en France un testament olographe en la forme française, qu'adviendra-t-il de ce testament ? On répond à cette question que ledit testament sera réputé nul en Hollande, valable en France[1]. Mais dans un tiers pays, en Suisse par exemple ? Ici la doctrine est hésitante et tend plutôt à décider que dans un tiers pays ce testament devrait être considéré comme nul. Il ne devrait pas y avoir d'hésitation sur une pareille question, il n'y en aurait pas si l'on réfléchissait à ce qu'implique cette notion de l'acte internationalement juste. Ce testament est certainement valable pour tous les pays, la Hollande exceptée. Dans ce dernier pays s'il est considéré comme nul, c'est que, bien à tort, la loi l'ordonne ainsi et que le juge est obligé d'obéir à la loi. Mais dans tout autre pays, la seule loi que le juge doive consulter est la loi internationale. Ici la règle *locus regit actum* a été suivie, et par conséquent la loi internationale a été obéie. Cela suffit pour que le testament soit certainement valable.

Il peut arriver ainsi, qu'un acte soit valable dans un pays tiers, alors qu'il ne l'est pas dans la patrie des parties en cause. Si ce résultat paraît choquant, la faute en est à leur législateur national qui a édicté des règles contraires à la loi internationale qu'il avait pour devoir de respecter.

Inversement, l'acte internationalement injuste, l'acte fait au mépris des préceptes de la loi internationale, est internationalement nul et ne saurait avoir nulle part le moindre effet. Il y a également à insérer ici la restriction que nous faisions tout à l'heure, car, s'il peut être contraire aux lois ou aux institutions d'un pays de donner effet à un acte internationalement valable, il peut aussi, quoique plus rarement, être commandé par les lois et les

[1] Cf. Orléans, 4 août 1859. S., 60-2-38.

institutions d'un pays de donner effet à un acte internationalement nul. On peut citer plusieurs applications de cette idée, notamment dans des cas où un acte fait par une personne incapable, d'après sa loi nationale, a cependant été tenu pour valable en France [1].

Mais de cette idée deux conséquences importantes doivent être tirées :

1° Un acte international (c'est-à-dire donnant lieu à un conflit de lois) n'est pas nécessairement valable dans un pays, parce qu'il a été fait en conformité des lois de ce pays. Il existe sur ce point un préjugé qui ne manque pas de force dans la doctrine et auquel la pratique résiste plus difficilement encore [2]. Il semble qu'un acte fait suivant les lois d'un pays déterminé est valable, au moins dans toute l'étendue de ce pays. Il n'y a là qu'une illusion. Lorsqu'un acte ayant donné lieu à un conflit est présenté au juge, la seule question est celle de savoir s'il a été fait conforme à la loi compétente. Quant à la loi locale, elle n'a d'autorité générale, qu'en ce qui concerne les actes purement nationaux et intérieurs; les actes internationaux sortent de son domaine propre et elle ne peut prétendre leur être appliquée, qu'autant qu'elle est elle-même la loi compétente d'après les règles du droit international, ce qui est parfois le cas, mais pas toujours. Toutes les fois où la loi locale aura été appliquée, alors qu'elle n'était pas compétente, l'acte devra être tenu pour nul, même dans le pays dont la loi a été suivie. C'est une conséquence certaine de l'obligation où se trouvent les États de suivre les règles du droit international privé.

2° La conséquence inverse est tout aussi certaine et plus évidente encore : un acte n'est pas nul, parce qu'il a

[1] C'est ainsi qu'un mariage contracté par un mort civil a été considéré comme valable en France (Cass., 7 janvier 1806) et qu'une loi napolitaine interdisant aux princes de la famille royale de souscrire des lettres de change a été réputée non avenue par nos tribunaux (Paris, 26 nov. 1850. S., 50-2-666).

[2] Waechter a reconnu ce principe *(Archiv*, pp. 7 et suiv.) et combattu l'opinion contraire défendue par Tittmann.

été fait suivant des lois autres que celles du pays où il est invoqué. Ici, comme précédemment, la seule question est celle de savoir, si l'acte répond aux exigences de la loi compétente. En fait, aucune jurisprudence connue n'est assez absolue pour repousser ce principe, et si nous le mentionnons ici, c'est uniquement pour l'enfermer dans ses justes limites. Il ne faut pas, en effet, que sous le couvert de cette idée très simple, une confusion s'introduise. Considérée au point de vue du droit international privé toute législation comprend deux séries de règles (pour lesquelles il serait souhaitable que l'on trouvât deux dénominations différentes) : 1° elle a son système de règles sur la solution des conflits ; 2° elle a son droit intérieur, infiniment plus volumineux que le précédent, qui tantôt s'applique, tantôt ne s'applique pas aux rapports internationaux, précisément d'après les règles posées dans son système de solution des conflits.

Lorsque nous disons qu'un État doit considérer comme valables, même les actes qui ne sont point conformes à ses lois, c'est de son droit intérieur que nous parlons et non point de son système international. Ce dernier constitue, nous le savons, la définition de la compétence de sa propre législation par rapport aux autres législations, la fixation des limites de sa souveraineté dans ce domaine. Cette définition, lui seul peut la donner, et précisément parce que c'est une définition nécessaire et non pas un acte arbitraire ; seule, dans tous les cas, elle sera suivie devant les tribunaux de cet État. De quelque loi qu'il s'agisse et en quelque lieu que le droit porté à sa barre ait pris naissance, le juge fixera la loi compétente d'après la règle ou définition donnée par sa législation nationale, mais cette loi compétente sera elle-même tantôt le droit intérieur et tantôt un droit étranger qui deviendra alors d'une application obligatoire pour le juge.

Il faut observer, en outre, qu'un acte passé conformément à la loi étrangère compétente pourra voir son exécution à l'intérieur limitée par les exigences de l'ordre public.

C'est un point que nous retrouverons dans la théorie des droits acquis.

62) Insistons un peu sur ce point qui peut prêter à quelques doutes. Lorsque nous parlons de droit international privé, nous tenons pour établie et acceptée de tous cette grande loi de conciliation dont la constitution est le but suprême de nos efforts.

Nous supposons ainsi existant un état de choses qui n'est qu'un avenir possible, souhaitable, mais encore éloigné. La réalité est moins brillante de beaucoup. En fait, chaque État a sa façon propre de concevoir ses obligations envers les autres au point de vue de l'application du droit privé, chaque État a sa propre loi internationale qu'il applique seule dans sa législation et fait appliquer par ses juges devant ses tribunaux. C'est un état de séparation et d'indépendance réciproque quant à la conception de la loi internationale, état qui durera aussi longtemps, qu'une conviction commune n'aura pas fait apparaître la nécessité d'une loi internationale générale et n'aura pas dégagé les principes suivant lesquels cette union devra se réaliser. Si imparfait que soit cet état, il est le nôtre et sa conséquence est que chaque État a le droit et le devoir d'appliquer à tous les cas litigieux qui se présentent devant ses tribunaux sa propre loi internationale à l'exclusion de toute autre. Il en a le droit, car aucune raison de supériorité ne saurait l'obliger à adopter la manière de voir d'autrui, il en a aussi le devoir et la définition qu'il a donnée de sa propre compétence renferme une obligation par lui prise de ne pas dépasser les limites qu'il s'est à lui-même fixées. En se plaçant au point de vue de l'état actuel des choses, on peut dire avec les Anglais que la loi internationale est dans chaque pays une branche de la législation nationale et que l'État jouit de la même indépendance dans le choix de l'une et de l'autre.

63) Il faut rappeler ces notions élémentaires, car il s'est produit à cet égard une confusion qui a donné lieu à

l'une des difficultés jugées les plus embarrassantes du droit international privé. C'est ici le lieu de traiter l'une des questions les plus célèbres qui aient jamais existé dans notre science, celle à coup sûr qui à l'heure actuelle agite et divise le plus profondément la doctrine. Je veux parler de la question du renvoi[1].

Lorsqu'un conflit de lois se présente dans un pays, en France par exemple, il est résolu par la loi ou la jurisprudence, tantôt par l'application de la loi locale, la loi française dans notre exemple, tantôt par l'application d'une loi étrangère. Dans le premier cas aucune difficulté ne se présente. Le juge fait application au litige du droit intérieur ou droit matériel français, et tout est fini par là. Lors au contraire que le procès doit être jugé en conformité de la loi étrangère, ce renvoi de la loi française à la loi étrangère peut être interprété de deux façons. On peut l'entendre comme prescrivant au juge d'appliquer le droit matériel étranger au litige, de même que dans l'hypothèse précédente on le soumettait au droit matériel français. On peut l'entendre aussi comme ordonnant au juge d'appliquer à l'affaire le droit désigné par la loi étrangère en question, le droit qui aurait été appliqué si le conflit, au lieu de s'élever en France, s'était présenté dans le pays étranger dont il s'agit.

La différence de ces deux interprétations est facile à saisir. Suivant l'une, le renvoi à la loi étrangère signifie que le rapport de droit sera régi par cette loi étrangère à l'exclusion de toute autre ; d'après l'autre, le rapport de droit sera soumis à la législation que la loi étrangère re-

[1] La littérature récente est riche sur cette question du renvoi. Il faut d'abord citer les travaux des deux rapporteurs désignés par l'Institut de droit international, la brochure de Buzzati *(il Rinvio nel diritto internazionale privato)* et l'étude de Lainé, *Du Conflit entre la loi nationale du juge saisi*, etc., Cl. 1885, pp. 5 et 236 ; puis Bartin *(Théorie du Renvoi*, études, pp. 83 et suiv.) ; Catellani *(Del conflitto fra norme di diritto*, etc.) ; Keidel dans Cl. 190, p. 82 ; Fiore dans Cl. *ibid.*, pp. 424 et 681 ; de Dios Trias, dans Cl. *ibid.*, p. 905. En outre, tous les auteurs récents font une place à la question du renvoi dans leurs théories générales.

garde comme compétente pour les rapports de cette sorte et qui sera tantôt cette loi étrangère, tantôt une autre loi. Plus brièvement le renvoi est-il un renvoi à la loi étrangère ou un renvoi au système de droit international privé du pays étranger ?

Cette question a passé longtemps inaperçue. Bien que l'on puisse citer des arrêts déjà anciens interprétant l'application à faire de la loi étrangère comme un renvoi au système international de l'étranger, la doctrine ne doutait nullement que le renvoi à la loi étrangère ne commandât l'application au litige de cette loi elle-même. Depuis une trentaine d'années les décisions consacrant ce que l'on appelle plus particulièrement le renvoi (renvoi au système international) se sont multipliées, et la doctrine s'est emparée de la question. Des arrêts très nombreux ont été rendus. La plupart d'entre eux intéressaient la définition du statut personnel. Lorsque la *lex fori* considère la loi nationale de l'individu comme formant son statut personnel, les tribunaux substituent volontiers au criterium de la nationalité celui du domicile, si cette substitution peut s'autoriser des dispositions de la loi nationale de l'étranger en question. C'est ainsi que des Anglais, qui n'auraient pas pu être interdits ou pourvus d'un conseil judiciaire, si l'on avait suivi les dispositions de leur loi nationale, l'ont été en vertu de la loi de leur domicile, parce que en ces matières leur loi nationale compétente d'après la *lex fori* reconnaissait elle-même la compétence de la loi du domicile[1]. Le même raisonnement a souvent fait soumettre à la loi du domicile la détermination des causes de divorce ou de séparation, alors que dans le pays du juge ces matières étaient considérées comme appartenant à la compétence de la loi nationale ; il a été employé plusieurs fois aussi (comme dans la célèbre affaire Forgo)[2] en ma-

[1] Trib. de la Seine, 19 mai 1888, Cl. 88, p. 791 ; *id.*, 6 avril 1894, Cl. 94, p. 531 ; *id.*, Paris, 15 mars 1899, Cl. 99, p. 794. Cf. Trib. de Laval, 12 avril 1902, Cl. 1902, p. 1044.

[2] Cass., 24 juin 1878. S., 78-1-429.

tière de succession mobilière, toujours pour ménager l'application de la loi du domicile par renvoi de la loi nationale de l'intéressé [1]. Enfin la théorie dite du renvoi se trouve encore consacrée par les arrêts en matière de légitimation, d'empêchement à mariage, d'action en justice, de régime matrimonial [2].

Toutes ces applications avaient leur unité : elles consistaient toujours à faire régir par la loi du domicile, des rapports compris dans le statut personnel d'individus, dont la loi nationale rattachait le statut personnel au domicile. Mais si la théorie du renvoi est juste, il faut reconnaître qu'il n'existe pas de bonne raison de la limiter à cette seule hypothèse. On peut tout aussi bien dire que, lorsque la *lex fori* prescrit l'application de la *lex loci actus*, par exemple, ou de la *lex rei sitæ,* ce n'est pas des dispositions de ces lois touchant le rapport en question qu'il s'agit, mais de leurs dispositions touchant la solution du conflit. Aussi la limite a-t-elle été vite franchie, et nous voyons sans étonnement les arrêts les plus récents appliquer la théorie du renvoi à la matière de la forme des actes et même à celle de la succession immobilière [3].

64) Que faut-il penser de cette nouvelle doctrine ? Appliquons-nous d'abord à bien préciser la question. Il est certain que, lorsque le législateur lui-même renvoie au système international étranger, le juge est obligé de se

[1] Cass., 22 juin 1878, Cl. 79, 285 ; Cass., 22 fév. 1882 (même affaire), Cl. 83, 64 ; Trib. Seine, 4 déc. 1899, Cl. 1900, p. 368 ; Trib. de Pau, 19 avril 1901, Cl. 1902, p, 858.

[2] Trib. de Bruxelles, 2 mars 1887, Cl. 87, p. 748 ; Paris, 23 mars 1888, Cl. 89, p. 638 ; Trib. de com. du Havre, 9 nov. 1891, Cl. 93, p. 1141 ; Lausanne, 16 nov. 1897, Cl. 98, p. 788.

[3] La Cour supérieure du Canada (3 mars 1894, Cl. 1899, p. 408) a ainsi décidé que le caractère facultatif ou obligatoire de la règle *Locus regit actum* doit être jugé d'après la loi en vigueur au lieu où l'acte a été fait. En matière de succession immobilière, le Tribunal de Corbeil (4 août 1897, Cl. 98, 568) s'est refusé à appliquer le renvoi, mais la Cour de Palerme avait donné, un peu auparavant (25 août 1896, Cl. 96, p. 332), la solution contraire.

conformer à cet ordre. Mais tout n'est pas dit par là. En matière internationale le législateur n'est pas comme en droit intérieur un maître absolu, il est plutôt un interprète ou, comme nous le disions plus haut, un simple définiteur. Si sa loi n'est pas conforme aux règles du droit, elle est mauvaise et il est permis de la condamner. Puis si le législateur est resté muet, le droit reprend son plein empire, car on ne peut pas présumer chez un législateur l'intention de manquer à ses prescriptions. Nous avons donc le devoir de poser la question suivante. Dans tous les cas où le droit international veut que l'on applique à un rapport une loi étrangère, comment doit être entendue sa disposition? s'agit-il de suivre le droit matériel étranger ou faut-il se conformer à la loi considérée comme compétente dans le pays étranger?

Avant d'attaquer la question elle-même, certaines observations préliminaires doivent être faites.

1° Il est remarquable que nos anciens jurisconsultes n'ont jamais pensé que la question pût se poser. Sur ce point (c'est presque le seul) tous ont été du même avis. Il est sans exemple que l'un d'entre eux soit jamais allé demander à un statut étranger la détermination de la loi compétente. Et cependant les occasions n'auraient pas manqué à la production de cette théorie. Le statut personnel n'était pas entendu partout de la même façon, la loi du domicile laissait place au point de savoir, si l'on devait considérer le domicile d'origine ou le domicile actuel, la règle *locus regit actum* donnait lieu à mille difficultés. Je ne me rappelle pas avoir lu dans un seul auteur, que ce pût être à une loi autre que celle du juge saisi de répondre à ces questions.

Cette unanimité de la pratique ancienne n'est pas à elle seule une raison de rejeter la théorie du renvoi, mais elle n'en constitue pas moins contre elle un préjugé d'un certain poids.

2° Lorsqu'on lit les décisions de justice favorables au renvoi, on est frappé de cette circonstance, que jamais il

n'est admis que, lorsqu'il a pour résultat de faire appliquer au litige le droit national du juge saisi. Il est permis de se demander si la considération de la conséquence n'a pas été, aux yeux des juges, pour quelque chose dans l'adoption du principe et si le même zèle les eût poussés au cas où il se serait agi de faire un choix entre deux lois étrangères. Les choses telles qu'elles se présentent à nous, semblent nous faire voir dans ce mouvement un retour offensif de la territorialité, et cela explique comment la pratique, généralement fort attachée aux traditions, s'est jetée à corps perdu dans cette nouveauté. Nous dirions volontiers que la théorie du renvoi est la dernière cartouche de l'ancienne règle de la territorialité absolue des statuts. Cela n'est pas pour nous rendre très favorable à cette invention.

3° Il est incontestable que la théorie du renvoi contient une contradiction. Un exemple va la rendre sensible. L'article 3, § 3 du code civil décide, que l'état et la capacité du Français à l'étranger sont régis par la loi française et la jurisprudence admet que, réciproquement, l'état et la capacité de l'étranger en France sont, sauf certaines exceptions qui ne nous intéressent pas pour le moment, régis par la loi nationale de cet étranger. La théorie du renvoi tend à donner à ces deux propositions un sens tout à fait différent. Pour le Français à l'étranger il n'est pas douteux, que c'est la loi française elle-même qui détermine son état et sa capacité ; pour l'étranger en France, sa loi nationale déterminerait non pas son état et capacité, mais la loi qui régira son état et sa capacité. Il y a là une contradiction manifeste. Comment supposer que deux principes conçus dans les mêmes termes et qui ne sont l'un et l'autre que l'expression d'une seule et même idée première puissent avoir un sens différent ? Cela n'est pas possible. Si l'article 3, § 3, décide vraiment que le droit français régira l'état et la capacité du Français à l'étranger, la réciproque signifie que le droit national intérieur de cet étranger fera la loi quant à son état et à sa capacité ;

ou bien si, à l'égard de ce dernier, la théorie du renvoi est la solution juste il faut interpréter le § 3 en ce sens que le législateur français s'y est simplement réservé le droit de statuer par une loi quelconque sur l'état et la capacité de son national. Or ceci est absurde.

4° On a remarqué que la théorie du renvoi poussée à ses conséquences logiques ne donne aucune solution aux conflits, et cela est vrai. La jurisprudence française, traitant de la capacité d'un Anglais domicilié en France, dit bien qu'on doit lui appliquer la loi de son domicile parce que sa loi nationale, la loi anglaise, renvoie en la matière à la loi du domicile, mais pourquoi s'arrête-t-elle là, pourquoi ne poursuit-elle pas ? Le même raisonnement devrait lui faire dire encore, que la loi du domicile de cet Anglais renvoie à sa loi nationale, etc., etc. On raisonnerait cent ans de la sorte sans arriver à la solution. Et cependant si l'on veut être logique, le premier pas une fois fait, il est impossible de s'arrêter, car les mêmes raisons qui autorisent un premier renvoi, en commandent ensuite un second et poussent le raisonneur sur la pente où il est impossible de s'arrêter.

65) Il est malaisé de comprendre que des jurisconsultes éminents (Westlake et de Bar ne comptent-ils pas parmi eux ?) aient pu prêter à la théorie du renvoi le secours de leur autorité. Voyons sur quels arguments ces jurisconsultes se fondent. Ne soyez pas plus royalistes que le roi, voilà leur première maxime. Vous voulez appliquer la loi anglaise à l'état d'un Anglais domicilié en France. Songez bien qu'en Angleterre même, on ne soumettrait pas cette question à l'empire de la loi anglaise, mais à celui de la loi française parce que cette question y est considérée comme rentrant dans la compétence de la loi du domicile. Pourquoi s'obstinerait-on en France à vouloir appliquer la loi anglaise, alors que l'Angleterre elle-même ne veut pas de cette application ? A cet argument il serait par trop facile de répondre que lorsqu'une question de conflit se présente devant des

juges français il ne s'agit pas de savoir ce que l'on veut en Angleterre, mais bien ce que prescrit la loi française[1]. Aussi a-t-on présenté le même argument sous une forme plus scientifique en disant, que lorsqu'une législation ordonne l'application à un rapport de droit donné d'une loi étrangère, celle-ci doit être prise tout entière aussi bien dans celles de ses dispositions qui concernent les conflits que dans celles qui ont trait au pur droit matériel. Ceci c'est une pure affirmation, semblable à celles que l'on rencontre si souvent dans la jurisprudence. Nous la discuterons plus loin. Bornons-nous à observer ici qu'elle infirme singulièrement la portée de la prescription étrangère. Lorsqu'un législateur prescrit d'appliquer une loi étrangère, cela ne suffit pas à autoriser le juge à faire cette application ; il faut encore que cette loi étrangère y consente. Une interprétation aussi compliquée d'une formule première aussi simple ne devrait pas au moins être présumée.

Une autre raison a été donnée d'un caractère surtout pratique. La théorie du renvoi présente l'avantage de faire résoudre le conflit par la même loi dans le pays, où il se présente et dans celui à la législation duquel le renvoi est fait et ainsi le jugement rendu dans l'affaire par la juridiction de l'un de ces deux pays ne trouve dans l'autre aucune difficulté d'exécution. C'est un avantage en effet, mais on n'observe pas qu'il est acheté au prix d'une inconséquence grave. Les tribunaux du pays qui renvoie, sont obligés de sanctionner, lorsqu'il s'agit d'étrangers, une solution du conflit différente de celle que leur loi leur impose quand il s'agit de nationaux. On obtient une certaine unité de droit international (et encore ne l'obtient-on pas dans tous les cas)[2], mais c'est aux dépens de l'unité du système de droit international de l'une des législations intéressées[3].

[1] Cf. Kahn, *loc. cit.*, pp. 56 et suiv.

[2] V. Buzzati, *il Rinvio*, pp. 75 et suiv.

[3] M. Bartin fait observer avec raison que si le juge français, dans le but d'obtenir l'exécution de son jugement en Allemagne, applique le

Dans le camp des adversaires du renvoi les raisons données sont surtout celles que développait, il y a quinze ans, M. Labbé [1], le premier jurisconsulte que cette grave question ait vivement préoccupé. Il n'est pas admissible, qu'un législateur qui a sa conception propre de la façon dont tel ou tel conflit doit être résolu, ordonne à ses juges d'abandonner cette manière de voir et de se ranger à celle d'un législateur étranger que lui-même a en principe repoussée, lorsque cet abandon peut avoir pour résultat de conduire à l'application de la *lex fori*. Cela est de la justice contingente et aucune nation ne peut accepter d'une autre une théorie de droit des gens.

Du reste, les adversaires du renvoi ont donné prise à un reproche dans leur argumentation. Ils se sont trop exclusivement appliqués à attaquer la thèse contraire, à en montrer l'incertitude, l'insuffisance, l'absurdité — rien de plus riche et de plus probant que la brochure de Buzzati à ce point de vue — et ainsi entraînés dans la chaleur de la lutte ils ont prêté moins d'attention à la justification de leur propre opinion. Ce procédé avait l'excuse des circonstances ; il n'est pas moins regrettable, au point de vue de la doctrine, qu'il ait été suivi.

66) La question du renvoi soumise à l'Institut de droit international y avait été l'objet de deux discussions à La Haye, en 1898, et à Neuchâtel, en 1900. L'examen de cette célèbre question y a été poursuivi avec une ténacité et une ardeur qui n'eussent point été indignes des anciens jurisconsultes, et, jusqu'au bout, le résultat de la lutte pût paraître indécis. Cependant l'Institut, à une forte majorité,

système allemand de solution du conflit, il arrivera, par réciprocité, que le juge allemand, pour obtenir le même résultat, appliquera, dans un cas analogue, le système français. Ainsi la même question ne recevra pas dans les deux pays une solution différente, mais dans chacun d'eux le juge se rangera à un système condamné par sa loi nationale. C'est, en effet, fort bizarre (Bartin, *Études*, pp. 98 et suiv.).

[1] Note sous Cass., 22 février 1882 et Cl. 85, pp. 5 et suiv.

se prononça contre le renvoi et adopta la résolution suivante :

« Quand la loi d'un État règle un conflit de lois en matière de droit privé, il est *désirable* qu'elle désigne la disposition même qui doit être appliquée à chaque espèce et non la disposition étrangère sur le conflit dont il s'agit. »

Le sens de cet article n'est point douteux. Il a été voté dans le but de rejeter la théorie du renvoi, mais sa formule, par son excessive modestie, par l'incertitude qu'elle trahit, paraît fort peu satisfaisante. Je dirai plus, cette formule est comme le miroir fidèle dans lequel vient se réfléchir le vice de la méthode ordinaire à notre science et contre laquelle notre ouvrage est dirigé. On proclame que l'on veut édicter des règles de droit, des principes obligatoires et sur lesquels nulle transaction n'est possible, et l'on finit par dire qu'il est désirable que telle solution soit adoptée. Cela est désirable et cela n'est que désirable, de telle sorte que, si un législateur ou un magistrat s'écarte arbitrairement de la règle posée, on dira qu'il a fait une chose qui n'était pas désirable, peut-être même le regardera-t-on comme un homme de mauvaise compagnie et d'éducation négligée qui fait des choses inattendues, sans se soucier du désir exprimé par d'autres que ces choses ne fussent pas faites [1].

Nous voilà bien loin du droit avec cette question de simple convenance. C'est que ce droit, dont on parle toujours et que l'on ne définit jamais, manque de toute base pour ceux qui s'obstinent à ne pas voir, que le droit international privé n'a de fondement solide que dans le droit des

[1] Un nouveau rapprochement avec le droit des gens s'impose ici. Lorsque la diplomatie anglaise veut faire triompher quelqu'une de ces prétentions excessives qui lui sont habituelles, elle accuse ses adversaires d'intentions peu amicales *(unfriendly)* à son égard. Cela ne veut rien dire et cela semble tout dire. C'est vague, suffisamment menaçant et parfois très habile. Un honnête homme sera ému de se voir imputer une conduite peu amicale alors qu'il lui serait entièrement indifférent de différer d'opinion avec un autre sur un point déterminé.

gens. Ici on a voulu ménager la liberté du législateur. Et bien ! si le législateur doit demeurer libre, il n'y a pas de droit possible sur ce point et c'est en vain que l'on a dépensé les grands efforts déployés pour le fixer. Considérons la question suivant notre méthode, elle prendra immédiatement une autre physionomie. Reprenons, pour fixer les idées, l'exemple précédemment emprunté à l'art. 3, § 3, c. civ. franç. Il comprend deux propositions, l'une explicite, l'autre implicite. Le Français établi à l'étranger est régi par la loi française au point de vue de son état et de sa capacité. L'étranger établi en France est régi au même point de vue par sa loi nationale. Traduites dans notre langue ces propositions signifient ceci : Moi, État français, je déclare que ma souveraineté s'étend à la réglementation de l'état et de la capacité de ceux de mes sujets qui sont établis à l'étranger. Moi, État français, je reconnais que l'état et la capacité des étrangers établis sur mon territoire demeurent soumis à la souveraineté de l'État dont ils sont les sujets. Si l'on considère, que toute décision prise par une loi dans un conflit est une déclaration concernant les limites de la souveraineté du législateur, la question du renvoi ne se pose même pas. A défaut d'une souveraineté supérieure, qui impose aux souverainetés concurrentes les limites de leur autorité respective, il ne peut évidemment appartenir qu'à l'État de tracer lui-même les limites de sa souveraineté et de la souveraineté d'autrui sur son territoire. Il serait absurde de supposer que l'État français a pu abandonner à l'Angleterre ou à l'Allemagne le soin de lui indiquer jusqu'où va sa propre souveraineté, et c'est cependant ce qu'admet la théorie du renvoi.

Il peut pourtant arriver que l'État commette cette absurdité. Au point de vue positif, force nous est alors de nous incliner, mais nous avons le droit de dire, non pas que l'État a fait une chose qui n'était pas désirable, mais qu'il a manqué à son devoir, qu'il a violé la loi internationale commune à tous, seule possible, la règle suivant laquelle en l'absence d'une entente sur ce point, il appartient à

chaque État de fixer les bornes de sa souveraineté dans ses rapports avec les autres souverainetés qui, étant ses égales et non ses supérieures, n'ont aucun titre à s'acquitter de cette fonction en son lieu et place.

Telle est cette question du renvoi. Elle est un des plus mauvais produits de la méthode vicieuse qui veut à tout prix que le droit international privé soit une branche du droit privé.

DEUXIÈME PARTIE

DE LA CONDITION DES ÉTRANGERS

CHAPITRE VI

Les étrangers en droit international.

67. Critique de la méthode ordinairement suivie pour déterminer la condition juridique des étrangers. — 68. Existence d'obligations internationales dans ce domaine. — 69. Limite inférieure. — 70. Limite supérieure. — 71. Limite inférieure tracée par le droit au commerce international. — 72. Reconnaissance de la personnalité juridique de l'étranger; personnes physiques. — 73. Personnes morales. — 74. La libre reconnaissance est-elle un danger pour l'État ? — 75. Droit de communication internationale. — 76. Droit de circulation et de résidence; droit d'être protégé dans sa personne et dans ses biens; droits publics, etc. — 77. De l'importance des traités de commerce pour la détermination de l'étendue des obligations de l'État. — 78. Le droit au commerce international et la solution de quelques questions controversées. L'étranger a-t-il droit au domicile ? etc. — 79. Limite supérieure imposée par le respect des droits des puissances étrangères sur leurs nationaux. — 80. Respect de la nationalité de l'étranger. — 81. Respect des obligations liant l'étranger à son pays. — 82. Conséquences de ce principe. — 83. Conclusion. Tendances actuelles vers l'égalité du national et de l'étranger. — 84. Droits des étrangers en cas de guerre.

67) La première question que le droit international ait à résoudre est celle de la condition juridique des étrangers. Quels sont les droits dont jouit la personne qui se trouve hors de son pays ? Quels sont ceux qui doivent lui être refusés, parce qu'ils sont propres aux citoyens ? C'est une question préalable à toute manifestation de l'activité juridique de l'étranger. Avant qu'il entre dans les liens d'un rapport juridique quelconque, avant même qu'il ait à s'enquérir de la législation qui régira les actes qu'il se propose d'accomplir, il faut qu'il sache si les droits qu'il veut acquérir, si les obligations qu'il a dessein de contracter lui sont accessibles à lui étranger ou s'il ne court pas le risque d'agir en vain, pour avoir voulu viser un but placé par définition en dehors de son atteinte[1].

La condition des étrangers dérive d'une double source. On peut aller la chercher dans les législations positives des divers États. On envisagera alors successivement chacune de ces législations, on groupera les droits qu'elle reconnaît à l'étranger, puis, cette analyse faite, on comparera les résultats qu'elle aura donnés et ce travail permettra de discerner quelle est celle des législations examinées, qui correspond le mieux à l'idéal que l'on se fait du droit sur ce point. Cette méthode est habituellement suivie par les auteurs[2]. Il serait souverainement injuste d'en mécon-

[1] Nous ne traiterons pas ici de l'historique de la condition des étrangers. En dehors de l'ouvrage classique de Demangeat, on trouve des renseignements fort intéressants sur ce point dans Catellani *(Il Diritto internazionale privato e sui recenti progressi,* t. I, pp. 13 et suiv.), dans Laghi *(Il Diritto internazionale,* etc., t. I, pp. 33 et suiv.), celui-ci pour la condition des étrangers dans les républiques italiennes, et dans de Bar qui fournit un exposé très curieux des droits de l'étranger au moyen âge *(Theorie und Praxis,* t. I, pp. 281 et suiv.).

[2] On trouve dans le *Journal de droit international privé* une série considérable de monographies sur le droit de l'étranger dans les différents pays. Cette méthode est en effet celle qui convient le mieux à un journal de droit dont l'objet principal est d'aider aux travaux individuels par la réunion d'un grand nombre de documents d'ordre positif. Elle a été suivie également par M. Weiss dans le 2e volume de son *Traité de Droit international privé.* Notre savant collègue a consacré à la législation

naître les avantages. L'examen comparé d'un grand nombre de législations, outre les renseignements pratiques d'une haute valeur qu'il ne peut pas manquer de fournir, montre bien le développement progressif du droit sur ce point ; il permet à l'observateur de se rendre compte de la façon dont les divers États envisagent leurs devoirs envers les étrangers, et du point jusqu'auquel ils jugent inoffensif et même utile de pousser la libéralité à leur égard.

Il est intéressant, par exemple, de constater, que les diverses codifications postérieures au code civil se sont montrées de plus en plus généreuses pour les étrangers et qu'en France même les lois postérieures au code civil manquent rarement de leur étendre le bénéfice des dispositions qu'elles organisent, soit purement et simplement, soit sous des conditions faciles à remplir.

68) Ce point de vue n'est pas cependant le principal, ce n'est pas celui que nous choisirons dans cette étude parce qu'il n'est pas véritablement international. Il laisse ignorer en effet qu'il existe entre États des obligations en ce qui concerne la condition des étrangers ou du moins, si un esprit pénétrant peut deviner à la direction prise par l'activité législative des divers pays qu'il en existe quelques-unes, il n'aide en rien à faire savoir quelles elles sont, où elles commencent et où elles s'arrêtent[1]. Or ceci est pour nous le point principal, le seul qui réponde à la question formant l'objet propre de notre science : quel est le droit international en la matière[2]? Le droit international n'a pas

française la majeure partie de ses développements : il fournit à ce sujet quantité de renseignements intéressants.

[1] Rolin (*Principes de droit international privé*, t. I, pp. 9 et suiv.) montre bien qu'une nation n'est pas libre de traiter arbitrairement les étrangers et il affirme qu'il existe sur ce point une véritable obligation internationale. V. chez le même auteur des renseignements intéressants sur le droit d'aubaine, particulièrement dans les Flandres (t. I, pp. 43 et suiv.).

[2] L'aspect international de cette question de la condition des étrangers s'est révélé principalement dans les traités de commerce. Jusqu'en 1860,

à rechercher, en premier lieu au moins, ce que les diverses législations ont statué touchant la condition des étrangers ; il faut qu'il se demande d'abord si les États sont autorisés à décider en toute liberté de ce point ou s'ils ne sont pas tenus dans ce domaine de certains devoirs, qu'ils ne sauraient transgresser sans manquer au respect qu'ils doivent à leur mutuelle souveraineté.

C'est donc ce point de vue qui sera principalement le nôtre, avec d'autant plus de raison, à ce qu'il semble, qu'il a été jusqu'ici fort négligé par les auteurs, peut-être parce que la condition des étrangers ne rentrait pas dans le cycle des études des jurisconsultes statutaires. La doctrine commune est facile à résumer. Son point de départ est dans la libre action des législations particulières, son principe dans cette idée par trop simple que l'étranger jouit dans chaque État des droits que le législateur de cet État lui a accordés[1]. On comprend que, ces prémisses admises, les

c'est-à-dire jusqu'à l'époque où les traités de cette sorte se sont réduits à une simple promulgation de tarifs, ils contenaient régulièrement toute une série de dispositions relatives aux droits dont les sujets des H. P. C. jouiraient sur leurs territoires respectifs, et cette habitude s'est maintenue jusqu'à nos jours dans les instruments passés avec les nations lointaines ou d'une civilisation encore imparfaite. C'est ainsi que les États ont dans leur commerce mutuel reconnu le caractère international de la question qui nous occupe, et que nous devons nous demander quels sont en l'absence de traités les devoirs qui lient les États à cet égard.

[1] Cf. Weiss, *Traité de droit international privé*, t. II, Introduction ; Despagnet, *Précis*, 3e éd., p. 67 ; Surville et Arthuys, *Cours élémentaire*, 3e éd., p. 134. Que ce point de vue ait régné dans le principe, on se l'explique sans trop de peine. Les aubains ayant été dans le moyen âge réduits à la condition de serfs (Demangeat, *Condition des étrangers*, pp. 82 et suiv.) et privés de tous droits, il fut logique de considérer comme l'effet de la libéralité du souverain toutes les améliorations apportées à leur triste situation. De là cette idée que les étrangers n'ont rien à attendre que du bon vouloir du législateur. Ce qui est surprenant, c'est que cette idée ait eu une pareille vitalité et que, aux époques même où l'on était le plus favorable aux étrangers, l'idée d'un devoir international de l'État ne se soit pas fait jour. On remarquera par exemple que les décrets de l'Assemblée nationale abolitifs du droit d'aubaine (6 août 1790 et 8 avril 1791) ne sont motivés que par des considérations de philanthropie et d'humanitarisme. Il n'y est pas question des obligations réciproques des nations.

auteurs se soient exclusivement préoccupés de la recherche des droits qu'il a plu aux divers législateurs de reconnaître aux étrangers, et qu'une étude qui aurait dû être internationale ait fatalement dégénéré en un simple examen de législation comparée.

69) On ne peut nier cependant que l'État ne soit tenu, dans ce domaine, de certaines obligations. Sa liberté a des limites et s'il s'avisait d'user de mauvais traitements envers les étrangers ou même d'autoriser par son inaction de semblables excès, il est certain qu'il s'exposerait à des réclamations et devrait fournir sans retard une satisfaction. Cela est de pratique courante et l'usage diplomatique est ici le signe certain de l'existence d'un droit international constant, limitant la liberté de l'État. Nous observerons même que la condition de l'étranger est à cet égard et demeurera toujours supérieure à celle du national. Il arrive parfois que dans le sein d'un État certains citoyens ou certaines catégories de citoyens sont vexés, maltraités, privés de ces droits que l'on qualifie volontiers de naturels, parce qu'il semble que l'homme ne peut pas en être privé sans tomber dans une sorte de servitude indigne de sa nature. Ces victimes des dissensions civiles n'ont alors aucun recours contre l'État qui les opprime ou qui permet qu'elles soient opprimées[1]. Il ne leur reste qu'une seule ressource, l'émigration; encore l'émigration leur est-elle volontiers imputée à crime. Il en serait autrement d'étrangers : ils auraient eux un garant et ce garant exigerait, fût-ce les armes à la main,

[1] Ceci n'est pas absolu cependant, et l'on a vu souvent des États étrangers intervenir auprès d'un autre État au profit des sujets de ce dernier ou de certaines catégories d'entre eux, par exemple, pour leur assurer le bénéfice de la liberté ou au moins de la tolérance en matière religieuse. Dans les traités postérieurs à la paix de Westphalie, les clauses de cette sorte se rencontrent assez souvent. Elles ne sont pas tout à fait tombées en désuétude aujourd'hui. C'est ainsi que maintes fois les puissances occidentales ont pris en main la protection des sujets chrétiens de la Porte, sans grand résultat, il est vrai (traité de Paris du 30 mars 1856, art. 9; traité de Berlin du 13 juillet 1878, art. 5, 27, 35, 44, 61, 62).

que justice leur fût rendue[1]. Aucun acte d'autorité, pas même une décision de justice régulière en la forme[2], ne peut exonérer l'État de la responsabilité qu'il encourt à la suite des sévices dont les étrangers ont souffert. C'est donc bien qu'il existe à sa charge une obligation internationale certaine, absolue.

70) Une autre limitation aux pouvoirs de l'État existe en sens inverse. Il ne serait pas admissible que le législateur établit entre le national et l'étranger résidant sur son territoire une communauté de droit telle, que toute différence disparût entre eux. Il y aurait là une atteinte évidente à la souveraineté étrangère : les sujets de cette

[1] Les États plus particulièrement exposés à des perturbations intérieures ont souvent stipulé dans leurs traités avec les nations étrangères, que la responsabilité, dont ils seraient tenus envers les étrangers fixés sur leur territoire, n'excéderait en aucun cas celle qu'ils supportent à l'égard de leurs nationaux. Ces traités n'ont jamais empêché les réclamations de se produire et de se produire avec succès. C'est que la lettre d'une convention ne pourra jamais effacer la différence fondamentale que nous avons signalée au texte (v., par exemple, la convention franco-mexicaine du 27 février 1886, art. 11, ou plus nettement encore le traité entre l'Équateur et le Salvador du 20 mars 1890, art. 7 : *It is stipulated that the respective Governments are not responsible for the losses and injuries which the citizens of one Republic may suffer in the territory of the other in time of foreign or civil war, with the exception of those cases in which they are so responsible to the natives so that in no case shall a better treatment be accorded to them than to naturelborn citirens).*

[2] Ce point est le plus délicat de tous et l'on ne peut pas avouer publiquement qu'un arrêt de justice n'a pas au regard des étrangers la même autorité péremptoire qu'il possède pour des nationaux. Il arrive cependant que l'on accorde des indemnités amiables à des étrangers auxquels le juge a dénié tout droit. Le détour pris dans ce cas couvre bien imparfaitement le véritable motif de cette bienveillance inusitée. On ne veut pas que des réclamations s'élèvent contre des décisions judiciaires régulières. Quoi qu'on puisse dire, les étrangers ne trouvent pas toujours en justice les mêmes garanties que les nationaux. Cela est sensible en matière de justice criminelle et c'est un point sur lequel la simple idée d'égalité ne fournit pas aux étrangers une protection suffisante. Les anciens jurys *de medietate linguæ* ressortissaient d'une appréciation beaucoup plus juste de la véritable nature des choses. V., par exemple, les négociations entre la France et l'Italie au sujet des affaires d'Aigues-Mortes. *R. D. I. P.*, 1894, pp. 171 et suiv.

dernière perdraient, par suite de leur expatriation, leur nationalité primitive. L'État auquel ils appartiennent et dont ils n'ont nullement répudié la souveraineté, serait mis par là dans l'impossibilité de faire acte d'autorité sur eux ou même de les défendre à l'occasion. Aucun commerce international ne pourrait avoir lieu dans de semblables conditions. Les conflits et les réclamations diplomatiques seront, à la vérité, plus rares ici que dans le cas précédent, parce que l'État se sentira d'ordinaire peu porté à étendre au delà des limites permises l'assimilation des étrangers à ses sujets. Il craindra avec raison, qu'une puissance trop grande une fois acquise par les groupes d'étrangers fixés sur son territoire ne se résolve en une menace permanente pour son autorité et pour la nationalité qu'il représente. L'État trouvera donc dans son propre intérêt un frein à des libéralités excessives, et de leur côté les étrangers s'abstiendront d'ordinaire de demandes exagérées qui, tendant à affaiblir le lien qui les unit à leur patrie, n'auraient aucune chance d'être soutenues par les représentants investis du droit de les protéger. Le contraire peut arriver cependant : l'expérience montre qu'en pareil cas l'État lésé n'hésite pas à revendiquer son droit[1].

[1] Les abus en ce sens consistent surtout dans la collation inconsidérée de la qualité de citoyens aux étrangers résidant dans le pays ou même n'y résidant pas, et trouvant dans ce titre un moyen de ne pas satisfaire à leurs obligations envers la patrie. La constitution française de 1793 faisait de la concession des droits de citoyen, une récompense civique qu'elle prodiguait sans discernement. Depuis, on a vu des pays manquant de population conférer la qualité de citoyen à tous ceux qui abordaient sur leur territoire (le Vénézuéla, par exemple, v. Cogordan, *Nationalité*, pp. 235 et suiv.) ; on en a vu d'autres, comme certains cantons suisses, accorder des naturalisations à prix d'argent. L'action diplomatique s'est entremise pour mettre un terme à ces agissements, considérés comme irréguliers et contraires au droit des nations. De même notre jurisprudence française a rigoureusement délimité les conditions sous lesquelles la naturalisation à l'étranger fait perdre la qualité de Français, déclarant ainsi d'une façon implicite que toutes naturalisations non conformes à ces conditions sont contraires aux devoirs des États entre eux. (Cogordan, *loc. cit.*, pp. 165 et suiv.; Rouard de Card, *La nationalité française*, pp. 216 et suiv.).

Ces faits sont incontestables et personne ne peut nier, qu'ils ne dénotent l'existence de certaines bornes à la liberté de l'État dans le domaine des droits des étrangers[1], mais personne aussi ne s'étudie à préciser la situation exacte de ces limites et à définir par là la portée de l'indépendance de l'État. Nous allons nous appliquer à ce travail, essayant de déterminer : 1° quels sont les droits que les étrangers doivent posséder; 2° quels sont ceux qu'ils ne peuvent pas posséder, en vertu des principes du droit international. Nous aurons ainsi à tracer deux limites, l'une inférieure, l'autre supérieure, entre lesquelles s'exercera la liberté de l'État.

71) D'abord la limite inférieure. Le principe que nous rencontrons à cet égard dans le droit des gens est que les États jouissent les uns par rapport aux autres du droit au commerce international. Ce droit n'est lui-même que l'expression d'un fait social général et nécessaire. Si on lui demande pourquoi il existe, il répondra qu'il existe parce que les nations ne peuvent pas, pour la satisfaction de leurs besoins, se passer de ces relations avec le dehors, que l'on désigne sous le nom de commerce international.

[1] Nous rappellerons à ce sujet qu'au nombre des conclusions théoriques admises par l'Institut de droit international, dans sa première session (Genève, 1874, *Annuaire*, I, p. 124), se rencontre la déclaration suivante : « IV. Dans l'état actuel de la science du droit international ce serait pousser jusqu'à l'exagération le principe de l'indépendance et de la souveraineté territoriale des nations, que de leur attribuer un droit rigoureux de refuser absolument aux étrangers la reconnaissance de leurs droits civils et de méconnaître leur capacité juridique naturelle de les exercer partout. Cette capacité existe indépendamment de toute stipulation des traités et de toute condition de réciprocité. L'admission des étrangers à la jouissance de ces droits et l'application des lois étrangères aux rapports de droit qui en dépendent, ne pourraient être la conséquence d'une simple courtoisie et bienséance, mais la reconnaissance et le respect de ces droits de la part de tous les États doivent être considérés comme un devoir de justice internationale. Ce devoir ne cesse d'exister que si les droits de l'étranger et l'application des lois étrangères sont incompatibles avec les institutions politiques du territoire régi par l'autre souveraineté ou avec l'ordre public, tel qu'il y est reconnu. »

Or ce terme a lui-même deux acceptions. Il désigne les relations que les États souverains ont entre eux, relations réglementées par le droit international public ; il désigne aussi les rapports que les particuliers, appartenant à des nations différentes, entretiennent ensemble. Le commerce international des États a notamment pour fonction de protéger et de garantir la pratique du commerce international chez les particuliers. Ce dernier, qui nous intéresse seul, s'analyse dans le droit qui doit être reconnu aux individus de pourvoir à leurs besoins au moyen de relations juridiques, nouées et entretenues avec des personnes soumises à l'autorité d'États différents. Cette formule très large justifie de la part de l'étranger une prétention à tous les droits, dont la jouissance peut être dite indispensable à la pratique du commerce international. Ce sont donc ces droits que nous avons à analyser. Nous procéderons à cette analyse en suivant, autant que possible, l'ordre de leur importance relative.

72) Le premier de tous les droits dans cet ordre d'idées est pour l'étranger la reconnaissance de sa personnalité juridique. Ce droit primordial doit être examiné séparément pour les personnes physiques et pour les personnes morales. En ce qui concerne les premières, l'admission de ce principe ne fait pas difficulté. En tout pays l'homme est considéré comme une personne douée de capacité juridique[1], le droit étant réservé au législateur de limiter plus

[1] La personnalité juridique de l'être vivant reçoit du chef de la loi deux sortes de modifications, l'une réalisée dans le sens de l'extension de la personnalité à des enfants qui ne sont pas encore nés par la maxime *Infans conceptus*, l'autre consistant dans la suppression totale ou partielle de cette personnalité par l'effet de la mort civile ou des institutions analogues. Il nous paraît certain que la reconnaissance de ces modifications n'a point du tout, au point de vue international, le caractère de nécessité que présente le principe énoncé au texte. Cette reconnaissance doit-elle être accordée, ce sera un point à juger dans chaque pays d'après les principes de la législation intérieure. De Bar (I, pp. 373 et suiv.) considère ces questions comme appartenant aux conflits et par là au do-

ou moins la capacité de droit de l'étranger. Mais il y a quelque chose de plus dans cette formule que cette simple constatation. L'étranger doit être considéré comme personne juridique étrangère. L'État, en d'autres termes, doit respecter dans cet homme sa qualité d'étranger, il doit par suite ne rien faire qui tende à rompre le lien qui l'attache à sa patrie. Les principales conséquences de cette idée apparaîtront lorsque nous énumérerons les droits et les devoirs que l'on ne peut pas imposer à l'étranger. Bornons-nous pour le moment à noter, qu'un État ne pourrait pas obliger un étranger à renoncer à sa nationalité pour jouir des avantages du commerce international. De même, un État excèderait ses droits s'il refusait à un autre État le droit d'intervenir à l'occasion pour ses nationaux [1], et cette faculté est jugée si essentielle qu'en temps de guerre, alors que le commerce entre les États belligérants est momentanément suspendu, chacun d'eux confère à une ou plusieurs puissances tierces la protection de ceux de ses sujets qui résident sur le territoire de l'autre.

Tout ceci est incontestable, pratiquement aussi bien que théoriquement. Il est aisé d'apercevoir par là le caractère perturbateur des conflits sur la nationalité. Dans les relations internationales la nationalité joue le rôle du premier élément d'ordre sur lequel repose la possibilité d'une communauté juridique, et cela même dans les pays qui n'accordent à la loi nationale aucune compétence dans la solution des conflits. La nationalité est l'élément qui dif-

maine de la loi compétente pour chaque rapport de droit à l'occasion duquel elles se présentent. Je ne saurais accepter cette opinion : il ne s'agit pas ici de la réglementation d'un droit incontestablement existant, mais de l'existence même de ce droit.

[1] On observera que l'émission à l'intérieur d'un État de lois interdisant aux étrangers de recourir à la protection de leur patrie ne saurait priver cette dernière de l'exercice de ses droits. On cite en ce sens la constitution du Honduras de 1894, art. 15, qui sanctionne cette règle de la menace de l'expulsion. Une expulsion qui n'aurait pas d'autre motif serait elle-même irrégulière et engagerait la responsabilité de l'État qui l'aurait prononcée.

férencie le citoyen de l'étranger, c'est elle qui donne le plus souvent à une question de droit sa forme internationale.

Or la nationalité dépend, nous le verrons, des dispositions légales intérieures de chaque État. Il est possible, il arrive fréquemment en fait, que ces dispositions ne concordent point, soit parce que les lois des divers pays reposent sur des bases différentes, soit parce que deux États ne s'accordent pas sur le sens d'un traité[1] qu'ils ont conclu et qui touche à la nationalité de quelques-uns de leurs sujets. Il pourra arriver alors que certaines personnes n'aient point de nationalité du tout, que d'autres aient à la fois deux nationalités. Ces situations sont l'une et l'autre antijuridiques et absurdes[2]. Dans l'ordre international l'homme sans nationalité n'a aucune place. Il n'a ni les droits d'un national ni ceux d'un étranger, dans la rigueur des principes il ne devrait pas avoir de droits du tout et, si en fait on écarte cette conséquence en lui accordant les droits privés des habitants du pays où il se trouve, il ne reste

[1] Dans l'ancien droit de l'annexion, les questions de nationalité étaient considérées comme dépendant du domicile choisi par les intéressés. Jusqu'en 1815, les traités d'annexion ne statuent pas sur la nationalité des habitants du pays annexé, ils se contentent de leur accorder un certain délai pendant lequel ils pourront vendre leurs biens et se retirer où bon leur semblera; c'était leur donner indirectement le moyen d'échapper à l'effet dénationalisateur de l'annexion. Les traités plus récents ont des dispositions relatives à la nationalité des habitants annexés, mais ces dispositions, par leur brièveté et aussi par l'intérêt considérable qu'elles présentent, ont invariablement donné lieu à des interprétations divergentes dans les divers pays intéressés (V. Cogordan, *Nationalité*, pp. 323 et suiv.). Les difficultés suscitées à cet égard par les traités de 1814 et de 1815, par le traité de Turin du 24 mars 1860 (surtout en ce qui concerne la nationalité des mineurs savoisiens et niçois) et par le traité de Francfort du 10 mai 1871 sont justement célèbres.

[2] Le pis est que les conflits sur la nationalité sont irréductibles; cela tient à l'importance politique de ce rapport et à ce fait, qu'un État ne pourrait admettre sur son territoire l'effet de lois étrangères touchant la nationalité des personnes sans compromettre les bases de son ordre social. Ceci sera vu ultérieurement. On verra aussi que la théorie des droits acquis permet de remédier, dans une certaine mesure, à l'imperfection du droit international privé sur ce point.

pas moins vrai, que sa situation demeure toujours incertaine et que ses droits dépendent en tout du bon vouloir des autorités auxquelles il s'adresse, lorsqu'il prétend les exercer. L'hypothèse d'une double nationalité est plus fréquente et plus dangereuse encore. L'état de l'homme dépend alors du pays où il se trouve; ici et là, il est considéré comme un national et comme il ne peut pas remplir ici et là à la fois les obligations attachées à la qualité de citoyen, il s'expose fatalement aux rigueurs de la loi dans l'un des deux pays qui le revendiquent comme leur. C'est une situation inintelligible et inextricable.

L'unité de nationalité apparaît donc comme une condition indispensable au fonctionnement d'une communauté internationale quelconque. Il est de l'intérêt de tout État de se prêter à sa réalisation[1].

73) La reconnaissance de la personnalité juridique dans les relations internationales a été beaucoup plus difficile pour les personnes morales que pour les personnes physiques. Même, en ce qui concerne les premières, le développement du droit est fort loin d'être achevé. Si les auteurs les plus récents inclinent à la reconnaissance de leur personnalité, la pratique soutenue par des autorités considérables persiste chez nous à la leur refuser. D'après l'opi-

[1] A défaut d'une législation unique, difficile à obtenir dans ce domaine comme dans tous les autres, certains États ont pris des précautions pour éviter les inconvénients signalés au texte. On peut citer dans cet ordre d'idées les traités Bancroft entre les États-Unis et diverses puissances, notamment l'Allemagne (année 1868), sur la dénationalisation des émigrés de l'un et l'autre pays, la convention additionnelle du 11 décembre 1871 destinée à l'interprétation du traité de Francfort, la loi fédérale suisse sur la nationalité (3 juillet 1876) qui subordonne la naturalisation en Suisse à cette condition, qu'elle n'entraînera aucun préjudice pour la Confédération et qui n'admet un sujet suisse à se dénationaliser, qu'autant qu'il a acquis une nationalité étrangère. Certains pays se bornent à déclarer qu'ils ne défendront pas le naturalisé contre les revendications de sa patrie d'origine. Telle est la pratique suivie en Angleterre et aussi en Suède et en Espagne (Cogordan, *Nationalité*, p. 141).

nion traditionnelle, les associations douées à l'étranger de la personnalité ne pourraient s'en prévaloir hors du pays où elles ont été établies, à moins d'une autorisation de l'État analogue à celle que requiert la constitution de personnes nationales de la même sorte. Dans cette doctrine il n'y a pas de personnes morales véritablement étrangères, celles qui ont eu originairement ce caractère devant se transmuer en personnes nationales dans tout État, où elles prétendent déployer leur activité. Exception est faite, il est vrai, pour les sociétés commerciales soumises à un régime beaucoup plus favorable, exception est faite également pour l'État étranger et il le faut bien, car la reconnaissance de la personnalité de l'État est le fondement du droit international tout entier[1]. En ce sens il est juste de dire de l'État, qu'il est une personne nécessaire.

Il est curieux de remarquer, que la résistance de la pratique à la reconnaissance des personnes morales étrangères a eu sa base, non pas dans des raisons d'intérêt ou d'utilité, mais dans des considérations empruntées à la théorie pure, voire même à la théorie la plus subtile et la plus contestable. Les personnes morales étrangères ne doivent pas, dit-on, être reconnues hors du territoire où elles ont vu le jour, parce qu'elles sont un produit non de la nature, mais de la loi[2]; comme telles elles ne sau-

[1] L'État étant reconnu comme personne politique ne peut pas ne pas l'être en même temps comme personne civile, car il serait difficile que l'étranger fît à son égard une distinction que le droit national ne fait pas (Bruxelles, 31 décembre 1896, Cl. 99, p. 858). *Contrà* Moreau dans Cl. 1892, pp. 346 et suiv.

[2] Laurent a été le représentant le plus intransigeant de cette théorie. Il a manifesté à cette occasion des tendances exclusives et presque irraisonnées qui ne sont pas sans nuire gravement à la portée de son œuvre (*Droit civil international,* t. IV, pp. 152 et suiv., notamment pp. 231 et suiv.); en ce sens Weiss, *Traité théorique et pratique,* t. II, p. 393; Cl. 1892, pp. 149 et suiv.; Haus, *Droit civil des étrangers en Belgique,* n° 118; Fiore, *R. G. D. I.,* 1894, pp. 347 et suiv. L'ancienne doctrine anglaise paraît être en ce sens, Story, *Conflict of laws,* p. 705; Dudley Field, *Outline,* art. 545; Wharton, *Conflict of laws,* § 105. Comme jurisprudence, v. Cass., 1er avril 1860, S., 1860-1-865; Paris, 15 mai 1863,

raient étendre leur activité hors du pays où elles ont été constituées. En raisonnant ainsi on s'expose à une double objection. D'abord les hommes eux-mêmes doivent leur capacité juridique, non pas à leur qualité d'êtres vivant et agissant, mais à la loi qui, par les droits qu'elle a organisés, a donné un élément à leur activité, une sanction sociale à leurs actes. Puis personne ne prétendra qu'une qualité juridique acquise sous l'empire d'une loi et conformément à ses dispositions, ne puisse pas être invoquée hors du pays où elle a été acquise. Autant vaudrait refuser purement et simplement toute sanction aux relations juridiques internationales.

Aussi, pour fortifier une argumentation dont l'inanité saute aux yeux, insiste-t-on sur le caractère exceptionnel de la décision qui confère la personnalité morale à une association. C'est une faveur, un véritable privilège et les privilèges sont de droit étroit. Ce point de vue ne serait pas exact partout, car il existe des pays fort considérables où la personnalité est réputée un droit que toute association peut obtenir à des conditions purement formelles et de nature fort simple; il ne l'est même nulle part à notre avis. L'autorisation de l'État, dans les pays où la tradition romaine est restée vivante, ne confère pas nécessairement le caractère de faveur exceptionnelle, de privilège à l'établissement obligé de la solliciter pour pouvoir exister et remplir sa fonction. C'est plutôt un contrôle préventif, une mesure de police, une précaution prise dans l'intérêt de l'État. Cette autorisation est requise chez nous pour le mariage de certaines classes de personnes, pour la pratique de certaines industries : on ne prétendra pas cependant que les situations juridiques ainsi constituées sentent la faveur ou le privilège.

S., 63-2-352 ; Cass. belge, 8 février 1849; Pasicrisie, 1849-1-219 ; Rome, 15 avril 1887, la Legge, 1888-1-438 ; Rome, 10 juillet 1889, *id.*, 1889-2-579 ; Cass. Turin, 21 décembre 1897, *id.*, 1898-1-296 ; *id.*, 17 janvier 1900, *id.*, 1900-1-258.

Si l'on prend la peine d'analyser un peu plus profondément les besoins sociaux auxquels correspond la création des personnes morales, on arrive fatalement à cette conclusion que leur reconnaissance est de droit dans les relations internationales. Le droit a pour fonction de garantir les intérêts généraux ou particuliers, dont la sauvegarde est jugée indispensable à la vie paisible d'une société. Le droit privé a dans son domaine surtout les intérêts des particuliers. Mais les intérêts de cette sorte ne sont pas seulement ceux qui se rattachent à une personne désignée, qui sont exclusivement ceux d'un individu, ils comprennent aussi les intérêts communs à des groupes plus ou moins considérables de personnes, dont l'association en vue d'un certain objet est, par elle-même, la manifestation sans réplique de l'existence de cet intérêt commun. Les intérêts de ces groupes ne diffèrent point par leur qualité de ceux des individus. Un individu peut s'appliquer à une certaine branche de commerce, plusieurs individus peuvent s'associer pour la pratiquer ensemble. Il est permis à un homme de dévouer sa vie à quelque œuvre inspirée du souci du bien de ses semblables : il n'est pas défendu à un certain nombre d'hommes de mettre leurs forces en commun afin d'atteindre plus sûrement le but proposé. Si la personnalité juridique est jugée nécessaire à l'homme isolé pour parvenir à ces fins, elle n'est pas moins nécessaire aux hommes mis en sociétés : le but poursuivi étant, de part et d'autre, le même, on ne conçoit pas pourquoi la personnalité accordée aux uns serait arbitrairement refusée aux autres.

Il y a plus. L'association est, de nos jours surtout, une forme non seulement innocente et utile, mais nécessaire de mise en œuvre de l'activité humaine. Certains objets de ceux que toute société civilisée doit atteindre, certains biens qu'elle a tout intérêt à posséder, ne peuvent être atteints ou obtenus que grâce au mécanisme de l'association. Un seul homme ne peut pas (en Europe au moins) construire un chemin de fer, ouvrir un port, creuser un

canal. Un homme ne peut pas semer des stations météorologiques sur tous les points du globe, pas davantage organiser une croisade contre l'alcoolisme ou la débauche, ou encore suffire à la propagande d'idées religieuses ou morales, dont la diffusion intéresse cependant au plus haut point l'avenir de l'humanité. D'aussi vastes objets dépassent les forces de l'individu, si actif et si puissant qu'il soit. Seule l'association les réalisera, prenant à chacun des associés une part de son activité, un fragment de sa puissance pour en créer une activité supérieure, une puissance irrésistible[1].

L'activité des associations restera stérile dans les relations internationales, si la personnalité dont elles jouissent dans le pays où elles sont établies n'est pas reconnue par les États étrangers où elles peuvent juger bon ou même nécessaire d'épandre cette activité.

Envisagée à un point de vue philosophique, la reconnaissance dont bénéficie en tout lieu la personnalité des sociétés de commerce apparaît comme une concession importante faite aux idées que nous venons d'exposer. Cette concession, qu'il était impossible de ne pas faire sans tomber dans l'absurde et sans paralyser le commerce international, n'est pourtant pas encore suffisante On se demandera avec raison, si l'instinct du lucre est à ce point supérieur et recommandable qu'il doive, dans les relations internationales, bénéficier d'un droit à la reconnaissance que l'on n'accorde pas à l'activité désintéressée. A la vérité, le contraire paraîtrait plus juste et plus avantageux au point de vue social. Au moins est-il permis de réclamer comme un droit un traitement égal dans les relations de peuple à peuple pour les sociétés, dont l'unique objet est

[1] De Bar observe avec raison que, loin de constituer quelque chose d'artificiel, les personnes juridiques doivent être considérées au contraire comme le produit naturel d'un état de droit et de civilisation arrivé à un certain développement. En fait, suivant lui, les États qui ont les uns avec les autres des rapports juridiques sont obligés de reconnaître les personnes juridiques étrangères (*Theorie und Praxis*, t. I, p. 301).

de pourvoir aux besoins matériels des individus et pour celles dont l'objet plus élevé vise à l'amélioration de leur condition intellectuelle ou morale.

74) Nous devons ici examiner une objection que l'on ne manque pas de faire à la thèse libérale que nous avons présentée. Il est difficile de contester les idées premières sur lesquelles elle repose, mais on soutient que la reconnaissance internationale de la personnalité juridique des associations, fût-elle un droit, est primée par un droit supérieur, celui que possède l'État de se défendre contre les dangers que lui ferait courir l'adoption de ce principe. Cette objection est grave, mais il semble, à bien examiner les choses, qu'elle sert de prétexte plutôt que de raison au refus du droit à la reconnaissance. Il est certain que, par leur puissance même, les associations peuvent faire courir un danger à l'État, ou plus souvent au gouvernement de l'État, mais ces dangers n'ont rien de particulier aux sociétés étrangères et, dans tous les cas, ils ne justifient pas la ressource extrême d'un refus du droit à la reconnaissance. Les mêmes dangers peuvent être attendus du développement des sociétés nationales dont l'influence est même plus grande, dont les moyens d'action sont plus directs et plus variés. Ces dangers, le législateur les a prévus; il a donc limité l'action de ces associations à la mesure où elle ne peut être qu'utile ou tout au moins inoffensive. Les lois de cette sorte sont incontestablement des lois d'ordre public, qui s'appliquent aux sociétés étrangères comme aux sociétés nationales. Il en résulte qu'une association personnalisée à l'étranger ne pourra, dans chaque pays, se livrer qu'aux industries ouvertes aux sociétés nationales et que, dans l'exercice de ces industries, elle subira l'effet de toutes les prescriptions qui limitent l'activité des sociétés nationales ou, le cas échéant, peuvent obliger ces dernières à cesser leurs opérations.

Allons plus loin. Rien n'empêche le législateur de donner aux sociétés étrangères une capacité de droit moins

étendue qu'aux sociétés nationales [1]. On admettra même dans le silence de la loi, que cette restriction résulte suffisamment de la nature des droits en question. Certaines grandes associations reçoivent parfois une délégation de la puissance publique, telles les sociétés de colonisation, telles encore les sociétés de secours pour les enfants abandonnés. Il est certain que cette délégation ne profitera pas aux sociétés étrangères. Tel est le droit. Comment dire après cela que la reconnaissance de la personnalité des sociétés étrangères serait dangereuse, qu'il faut la repousser au nom de l'intérêt public [2].

Peut-être objectera-t-on que, les choses étant ainsi, on arrive au même résultat que l'on atteint par le refus de la reconnaissance, procédé plus radical mais plus simple.

[1] L'État pourrait aussi imposer des conditions particulières à l'activité des personnes morales étrangères et cela serait fort juste toutes les fois où ces conditions seraient destinées à tenir lieu de la garantie que donnent au crédit public les règles concernant la constitution des sociétés nationales. En matière d'assurances on sait que les sociétés étrangères, dont les affaires ont pris en France une grande extension, sont loin d'offrir au public les garanties que lui fournissent les sociétés françaises. Il ne serait ni arbitraire ni injuste d'exiger des sociétés étrangères d'assurances certaines garanties supplémentaires.

[2] La thèse libérale exposée au texte gagne de plus en plus les faveurs de la doctrine. On peut l'appuyer sur les autorités suivantes : Fœlix, *Traité de droit international privé*, t. I, pp. 65 et 66, qui voyant là (à tort) une question de conflits de lois, range dans l'effet du statut personnel la reconnaissance des personnes civiles étrangères ; Brocher, *Cours*, t. I, pp. 187 et suiv. ; Despagnet, *Précis*, 3e édit., p. 106; Surville et Arthuys, *Cours élémentaire*, 2e édit., p. 153 ; Lainé dans Cl. 1893, pp. 273 et suiv., et surtout Michoud *(la Notion de personnalité morale)* qui donne au sujet de la question un des exposés les plus nets et les plus complets qui aient été faits. Dans le même sens se prononcent, en Allemagne, de Bar *(Theorie und Praxis*, I, pp. 300 et suiv., et les auteurs anglais récents. Westlake *(Private international law*, pp. 334 et suiv.), les assimile purement et simplement à des personnes vivantes domiciliées à l'étranger, et Dicey *(Digeste*, p. 485) donne la reconnaissance des personnes civiles étrangères, comme un principe constant de la jurisprudence anglaise. D'après cet auteur *(American Notes*, ch. XIX) la pratique des États-Unis d'Amérique serait fixée dans le même sens. Cf. les résolutions adoptées par l'Institut de droit international, dans sa session de Copenhague (1897), en ce qui concerne la capacité des personnes morales publiques étrangères *(Annuaire*, t. XVI, p. 307).

Nous contesterions résolûment cette assimilation. A l'application de la saine doctrine internationale, les personnes morales étrangères gagnent de pouvoir revendiquer comme un droit ce qu'elles sont sans cela obligées de solliciter comme une faveur, la liberté de déployer une activité inoffensive dans les relations internationales. En outre, dans le cas même où la loi intérieure est telle, qu'il ne leur est pas loisible d'agir sur le territoire aussi librement que dans leur pays d'origine, elles gardent au moins dans notre opinion le droit d'y accomplir les actes juridiques qui, par eux-mêmes, sont indifférents, actes qui leur sont interdits lorsque leur personnalité n'est pas reconnue. Enfin on rendrait impossibles certaines absurdités que la pratique a malheureusement consacrées, comme cette interdiction d'ester en justice (en qualité de demanderesses au moins) fulminée contre les sociétés non reconnues. Refuser l'accès de la justice à des hommes, parce qu'ils agissent en groupe au lieu d'agir individuellement, cela est d'une iniquité qui passe l'entendement[1].

Un exemple éclairera la portée des conclusions ci-dessus

[1] Cf. sur ce point l'excellent passage de de Bar (*Theorie und Praxis*, t. I, pp. 303 et suiv.). En refusant à des personnes juridiques étrangères le droit d'ester en justice, non seulement on arrive à paralyser complètement leur action sur le territoire, sans distinction entre ce qu'elle peut avoir de dangereux et ce qu'elle peut avoir d'inoffensif, mais on les empêche de réclamer l'effet d'actes régulièrement passés à l'étranger, ce qui est d'une sévérité dépassant toute mesure. On nuit aussi aux tiers qui se trouvent du coup mis dans l'impossibilité de faire valoir contre ces associations les droits qu'ils ont acquis. Pour remédier à ce dernier inconvénient, notre jurisprudence a imaginé de permettre aux tiers de poursuivre ces sociétés réputées par elle existant en fait, en même temps qu'elle s'obstine à leur refuser toute action en qualité de demanderesses. Cette jurisprudence est absurde et inexcusable, car elle méconnaît toute idée de justice (V. Cass., 1er août 1860, S., 1860-1-865 et la note, et Despagnet, *Précis*, 3e édit., p. 121 ; v. aussi la note de M. Lyon-Caen sous Cass., 14 mai 1895, S., 96-1-161). Sur les conditions auxquelles les sociétés anonymes étrangères sont reconnues et admises à ester en justice en France, v. le réquisitoire de M. le Procureur général Baudouin, sous Cass., 28 avril 1902, Cl. 02, pp. 844 et suiv. Cf. pour l'Italie, Cass. Turin, 19 janvier 1900, Cl. 01, p. 600, et la note de M. Chrétien.

formulées. On peut supposer qu'une société allemande ou anglaise de médecins s'avise de venir expérimenter en France une méthode nouvellement découverte et ouvre en France des établissements à cet effet. Le gouvernement français, s'il juge cette initiative périlleuse pour la santé publique, trouvera aisément dans ses pouvoirs de police les moyens d'empêcher cette société de mettre son projet à exécution. Mais la société étrangère sera cependant reconnue en France comme personne morale et s'il lui plaît d'y faire des actes juridiques indépendants de la profession médicale, comme d'y acheter un immeuble, d'y devenir créancière ou débitrice, d'ester en justice, elle en aura le droit incontestable. Elle pourrait même y recueillir une succession sous les conditions imposées par la loi française aux sociétés nationales. Nous retrouverons plus tard ce sujet. Il suffit pour le moment d'avoir posé le principe.

75) Revenons à la condition des individus. Quels sont les droits dont les étrangers doivent jouir, quels sont ceux que l'on ne peut pas leur refuser ? Il faut, pour les définir, rechercher quelle peut être la base de l'obligation de l'État à leur égard. Cette base se trouve, on le sait, dans le devoir qui incombe à chaque État de permettre sur son territoire la pratique du commerce international. Voyons donc, ce que suppose, en fait de facultés laissées aux personnes qui s'y livrent, cette pratique du commerce international.

Le mot commerce ne représente pas ici ce que dans le langage courant on entend lorsqu'on l'emploie. Il ne s'agit pas seulement ici d'achats et de ventes, de spéculations faites sur des denrées ou sur des objets fabriqués, de participation au mouvement engendré par les besoins respectifs de la production et de la consommation ; il s'agit de quelque chose de plus vaste, de l'établissement entre personnes de toutes les relations qui peuvent avoir pour résultat la naissance de droits rentrant dans la catégorie des droits privés. Les actes de commerce au sens étroit du

mot formeront peut-être encore la plus grande partie des relations comprises en fait dans le commerce international, la plus grande surtout, si l'on tient compte de la quantité des intérêts matériels engagés, mais il est intéressant de noter que ces rapports proprement commerciaux ne constituent pas l'unique objet du commerce international et que, par suite, il ne faut pas se placer au point de vue des intérêts des seuls commerçants, pour juger des droits dont jouissent les étrangers.

Le premier de ces droits, dans l'ordre de leur importance, est le droit de communication internationale et, par suite, le droit d'user des divers moyens institués pour rendre possibles ou pour faciliter ces communications. Nous n'insisterons pas sur ce point, qu'il suffit d'indiquer dans un esprit de méthode. Le fait est ici conforme au droit, et la conclusion de grandes unions postale, télégraphique, des chemins de fer, rend pour ainsi dire certaine la continuation indéfinie de cette conformité. Comme application pratique nous en déduirons, que les étrangers ont dans chaque pays le même droit que les nationaux à voir respecter le secret de leur correspondance. Observons cependant que l'état de guerre peut interrompre les communications directes entre les pays belligérants : il pourra embarrasser et ralentir même les communications, dans lesquelles les neutres sont impliqués, mais, à cet égard, on conçoit que les neutres ne puissent pas revendiquer toute la liberté dont ils jouissent dans leurs rapports respectifs.

76) On rencontre ensuite un droit de circulation et de résidence. Il n'y a de relations possibles qu'entre personnes pouvant à l'occasion s'aboucher l'une avec l'autre. Cela est élémentaire. Cependant ce droit de circulation est déjà plus limité que le précédent, limité parfois par l'exigence de passeports, mesure de police complètement légitime bien qu'à peu près tombée en désuétude de nos jours[1],

[1] L'exigence d'un passeport, quelque gêne qu'elle impose aux commerçants et aux voyageurs, n'est nullement contradictoire à la liberté de cir-

limitée surtout par la faculté d'expulsion réservée au gouvernement contre tout étranger susceptible de menacer la sécurité de l'État ou de troubler son ordre public [1]. Le droit de circulation et de résidence est déjà par lui-même la source de droits particuliers assez nombreux, droits sans lesquels la faculté primordiale dont il s'agit serait purement illusoire.

Nous dirons tout d'abord que l'étranger peut exiger la sauvegarde de sa personne et de ses propriétés. Pratiquement cette obligation de l'État se traduit par le principe juridique connu en vertu duquel, les lois tendant à la sûreté des personnes et des biens, celles en particulier qui menacent de peines les auteurs de délits contre la personne ou la propriété, protègent l'étranger aussi bien que le national. Il faut ajouter à cela, que les tribunaux chargés de

culation. C'est une sorte de certificat de légitimation, une mesure de police que le gouvernement conserve toujours le droit de prendre, même dans le cas où il a promis par traité aux sujets d'un autre État la plus entière liberté de circulation. Cette exigence consacrée par de nombreux textes de la période intermédiaire (lois des 1er février, 28 mars 1792, 10 vendémiaire an IV, 28 vendémiaire an VI) n'est plus guère maintenue en France, mais on pourrait l'y ressusciter sans faire grief aux droits des Puissances étrangères. Une question plus délicate est de savoir, si l'on peut imposer l'obligation de se munir d'un passeport aux sujets d'un pays auquel on a concédé par traité la clause de la nation la plus favorisée sous le rapport du commerce. Une difficulté de ce genre est née entre l'Allemagne et la France à la suite du traité de Francfort (V. Clunet, 1888, pp. 488 et suiv.). Le Vénézuéla (Cl. 1894, p. 1151) et la Turquie (Cl. 1893, p. 267) exigent encore un passeport de l'étranger qui pénètre sur leur territoire. La Russie l'exige également des étrangers qui veulent pénétrer en Finlande (Cl. 1901, p. 883).

[1] L'expulsion est également une mesure de haute police à l'application de laquelle un État ne saurait, à notre avis, renoncer. Mais ce droit essentiel dans son principe peut recevoir dans son application certaines atténuations. Nombre de traités de commerce portent, que l'expulsion ne sera prononcée que pour des motifs graves et après communication de ces motifs à l'agent diplomatique de la nation à laquelle appartient l'étranger que l'on se propose d'expulser. Même, d'après le droit commun, la faculté d'expulsion n'est pas arbitraire, et l'État qui en ferait un usage inconsidéré s'exposerait à des réclamations diplomatiques. En temps de guerre l'expulsion prend une importance plus grande et donne lieu à des questions assez délicates (cf. notre *Droit de la guerre*, t. I, pp. 97 et suiv.).

statuer sur les infractions de cette sorte, écouteront la plainte de l'étranger comme celle du national. Il n'y a pas cependant une équation exacte entre ces deux formules. Le principe de la territorialité des lois pénales nous donne la mesure de la protection dont jouit à cet égard un étranger. Elle n'est pas inférieure à celle que recevrait un national. Mais la garantie due à la personne et aux biens de l'étranger a une origine plus haute encore dans son droit au commerce international, et cela explique que dans les époques troublées, où le prétoire reste désert et la loi silencieuse, l'État ne cesse pas de devoir protection à la personne et aux biens de l'étranger. Si ce dernier est lésé, des réclamations pourront être élevées en son nom, et l'État incriminé devra y satisfaire à moins qu'il ne trouve une excuse propre à l'absoudre auprès de l'État réclamant.

A cette faculté de parcourir le territoire étranger et d'y séjourner suivant ses besoins est jointe pour le forain la jouissance de ces droits élémentaires que l'on appelle les droits publics de l'individu. Tout homme doit en jouir parce qu'ils sont réputés un apanage inséparable de la personne humaine; il est loisible à un gouvernement d'interdire l'accès du territoire national à un étranger (c'est la conséquence de l'expulsion), mais l'ayant admis il ne pourrait pas lui refuser les droits propres à l'individu. Il n'existe pas de dissentiment sur ce point. La seule difficulté en cette matière est de dresser une liste des droits de cette sorte. La liberté personnelle, la liberté religieuse, l'inviolabilité du domicile font certainement partie de cette catégorie. Aller plus loin est peut-être plus osé. On compte parmi ces droits certaines prérogatives ayant une couleur politique, la liberté de la presse, le droit de réunion. Si ce sont de véritables droits publics de l'individu (ce qu'on peut hésiter à admettre) il faut reconnaître au moins, que les étrangers n'ont pas une vocation absolue à en jouir et que l'État ne saurait être tenu sur ce point à aucune obligation véritable envers eux. Ces droits n'ont, en effet, aucun rapport nécessaire avec la pratique du com-

merce international, et on comprend qu'une générosité trop grande puisse dégénérer ici en un danger pour l'État. On conçoit, du reste, que ces droits essentiels peuvent subir certaines restrictions, être soumis à certaines limitations. Ce sont des conséquences des pouvoirs de police de l'État, auxquelles les nationaux mêmes de l'État sont soumis et à plus forte raison les étrangers. Seulement ces restrictions ne doivent jamais être d'une telle importance, qu'elles suppriment l'existence du droit sous prétexte de le réglementer.

L'obligation de l'État envers l'étranger ne s'arrête pas là. Réduit à la faculté de circuler et de résider en pays étranger, le droit au commerce international serait un mot à peu près vide de sens, alors même que l'on comprendrait, comme implicitement compris dans cette faculté, le droit de nouer les petits rapports juridiques quotidiens sans lesquels la vie est impossible. Le droit au commerce international s'étend plus loin. Il comprend pour l'individu le droit de bénéficier des ressources qu'il rencontre en pays étranger, en se soumettant aux lois compétentes fiscales et civiles. Sur ce point encore une obligation existe à la charge de l'État et au bénéfice de l'étranger, mais jusqu'où s'étend cette obligation? Ce point est assez malaisé à déterminer, surtout parce que les États ayant un intérêt à favoriser chez eux le commerce international vont, en général, au-devant du désir de l'étranger : il serait dangereux de prendre pour la limite de leurs obligations, la limite de leurs concessions. On serait tenté de poser ici un principe fort large et de dire que les étrangers peuvent revendiquer tous les droits, dont la possession à eux assurée n'implique pas un danger pour l'État. C'est vers ce terme que s'acheminent visiblement les législations contemporaines, mais ce n'est pas à dire que l'obligation de l'État porte aussi loin. Il est incontestable, en effet, qu'à moins de conventions diplomatiques spéciales, aucun État ne saurait être tenu d'étendre à des étrangers le bénéfice de ses institutions de bienfaisance ou d'assistance :

s'il le fait, c'est par une libéralité sans doute bien entendue, ce n'est pas sous la pression d'une véritable obligation.

77) Pour déterminer l'étendue de l'obligation de l'État, une seule voie nous paraît sûre, voie que l'on ne suit pas d'ordinaire. Il faut consulter les traités de commerce[1]. Pendant longtemps les négociateurs de ces instruments ont pris soin d'énumérer dans le texte les droits convenus au profit des sujets des H. P. C.[2]. Pris isolément un

[1] Jusqu'en 1860 les traités de commerce conclus entre les puissances européennes contenaient d'ordinaire un nombre assez considérable de dispositions touchant les droits accordés aux sujets de chacune des H. P. C. sur le territoire des autres (V. les traités de la France avec : les États-Unis d'Amérique, 30 septembre 1800 ; Naples, 28 février 1817, art. 5; les Pays-Bas, 25 juillet 1840 ; le Danemark, 9 février 1842 ; la Russie, 16 septembre 1846 ; le Portugal, 9 mars 1853 ; la Toscane, 15 février 1853, etc.). Cet usage a disparu à l'époque où les traités de commerce ne se sont plus composés que de tarifs et de clauses relatives à leur application, mais il s'est maintenu jusqu'à nos jours dans les rapports des puissances européennes aux puissances extra-européennes (par exemple, France-Mexique, 27 novembre 1886 ; France-Japon, 4 août 1896, auxquels il faut ajouter les traités franco-espagnol du 6 février 1882 et franco-serbe du 18 juin 1883). Le changement de style ci-dessus mentionné n'est pas, du reste, le signe d'un changement d'intention, mais bien plutôt celui d'un défaut d'une place suffisante pour toutes ces dispositions. On peut citer certains traités où les clauses relatives à la liberté du commerce et aux droits des étrangers sont déclarées perpétuelles et destinées à survivre à la dénonciation du traité (V., par exemple, le traité du 9 mars 1861, entre la France et le Pérou, art. 5 *a*) On trouve dans Meili *(Das internationale Civil und Handelsrecht,* t. I, p. 136) l'indication des traités passés par la Suisse et intéressant les conditions des étrangers.

[2] Les traités ont, au point de vue international, une importance beaucoup plus grande que les législations positives. Ces dernières sont des actes unilatéraux témoignant du bon vouloir de l'État envers les étrangers ou, tout au plus, de la façon dont il comprend ses devoirs à leur égard ; les traités, au contraire, actes synallagmatiques, sont la traduction plus directe et plus fidèle des besoins du commerce international. Sans doute, dans la teneur des traités eux-mêmes, une part est à faire aux circonstances, mais si on les examine dans leur ensemble et si l'on retient seulement la substance qui leur est commune, on se rend le compte le plus exact possible des exigences du commerce international en la matière. M. Rolin, dérogeant fort heureusement à l'usage commun, a un paragraphe intéressant sur les étrangers privilégiés en vertu de traités *(Principes,* t. I, pp. 188 et suiv.).

traité n'a que la valeur d'une loi particulière restreinte dans ses effets aux rapports de deux États; envisagés dans leur succession, les traités de commerce laissent apparaître un grand nombre de dispositions communes, dispositions dont la reproduction atteste la nécessité, et qui peuvent dès lors être considérées comme le contenu du droit au commerce international, comme l'objet de l'obligation qui pèse sur l'État à cet égard. Reproduisant les termes habituels de ces clauses, nous considérerons donc comme accessibles aux étrangers, en vertu d'une véritable obligation de l'État, les droits d'être propriétaires, de louer des édifices ou d'en construire, d'engager des serviteurs, de pratiquer toutes sortes d'industries et de commerces, de laisser une succession ou de la recueillir, etc [1]. Ce sont là les termes de ces conventions, mais il semble qu'il est permis d'aller plus loin et, — parce que le droit au commerce international n'a été reconnu, que pour permettre aux hommes de se procurer à l'étranger les ressources qu'ils ne trouvent pas dans leur pays, — de dire que l'étranger a droit d'accès aux richesses naturelles qu'un pays peut comprendre et aussi à celles qu'il doit au fonctionnement de ses institutions nationales. On ne fait aucune difficulté de permettre à un étranger de résider dans un pays déterminé, sans qu'il y soit appelé par aucune affaire particulière, simplement pour y jouir des avantages que peut présenter le séjour dans ce pays; par une raison semblable

[1] Ce recours aux traités de commerce appelle une double observation: 1° les traités insistent plus souvent sur les droits utiles à la pratique du commerce au sens étroit du mot, c'est-à-dire du trafic des marchandises. C'est ainsi que le droit général de contracter n'y est jamais mentionné, alors que l'on y trouve toujours formellement exprimée la faculté d'entrer dans certains contrats spéciaux ; 2° l'attention des négociateurs se portait volontiers sur les droits dont les étrangers étaient autrefois privés, le droit de succession, par exemple, pour éviter le retour des abus du passé. On en conclura, avec raison, que les traités de commerce ne contiennent pas mention de tous les droits compris dans le commerce international, mais de préférence de ceux dont la possession aurait pu être discutée aux étrangers. Ils n'en demeurent pas moins une mine très riche d'informations.

l'étranger peut, à notre avis, réclamer le droit de bénéficier des ressources d'ordre intellectuel qui peuvent y avoir été accumulées [1]. La communauté de droit, qu'une tradition bien assise a établie à cet égard entre les étrangers et les nationaux, est l'indice extérieur d'une vocation à la communauté de jouissance qui est, si l'on veut, le droit naturel d'où est sorti ce droit positif.

78) Voilà la mesure minima des droits de l'étranger, et sa détermination, essentielle à la saine intelligence de notre sujet, servira rarement à la critique des législations positives actuelles, toutes portées à consacrer le principe de l'égalité du national et de l'étranger, principe qui peut être utile et recommandable, mais qui n'est point de droit strict et ne fait pas l'objet d'une obligation de l'État [2]. Cependant

[1] On peut dire que les étrangers doivent être autorisés, dans chaque pays, à participer aux biens dont ils peuvent jouir sans que leur jouissance diminue la part des nationaux dans ces mêmes biens. Il en est ainsi des richesses intellectuelles. Nous admettons les étrangers dans nos musées, à nos écoles, parce que leur admission ne réduit en rien le droit correspondant des nationaux. Dans l'ancienne France, les écoliers étrangers qui venaient en foule aux universités françaises étaient, d'après Chopin, déclarés exempts du droit d'aubaine. Bacquet, plus sévère, les y soumettait, mais les dispensait du droit de représailles (Bacquet, *Droit d'aubaine*, pp. 41 et suiv.).

[2] On peut répartir les législations en trois groupes au point de vue de la condition faite par elles aux étrangers : 1° celles qui ont conservé une partie des graves incapacités formulées contre les étrangers ; 2° celles qui adoptent le principe de la réciprocité ; 3° celles qui concèdent aux étrangers tous les droits privés dont jouissent les nationaux. Le premier groupe ne comprend guère que quelques États de l'Union américaine, qui s'inspirent encore des principes de l'ancienne *common law* anglaise et qui refusent aux étrangers le droit de devenir propriétaires d'immeubles sur le territoire de l'État (Vermont, Illinois, Alabama, Caroline du Nord, Missouri), ou subordonnent cette capacité à une certaine résidence sur le territoire de l'Union (New-Hampshire, Kentucky, etc.), voire même à une déclaration de l'intention de devenir citoyens (Maryland, New-York, etc.), ou ne la confèrent que dans une certaine mesure (Pensylvanie). L'Angleterre a répudié sur ce point les principes de la *common law* par l'*alien bill* de 1870. Dans le groupe des États suivant le principe de la réciprocité, il faut distinguer ceux qui exigent la réciprocité diplomatique, ayant adopté la loi française (Belgique, Luxembourg), et ceux qui se contentent de la réciprocité législative (Autriche,

ce minimum lui-même permet de repousser certaines pratiques usitées ou qui l'ont été, comme tombant en contradiction avec lui. C'est, par exemple, le principe que les tribunaux d'un pays ne sont pas compétents pour juger les litiges existant entre étrangers, principe destructif de tout droit pour les personnes qu'il frappe ; c'est aussi la pratique de la confiscation des biens de l'étranger devenu ennemi, ou encore la loi qui, par imitation de l'ancien droit d'aubaine, défendrait à l'étranger de succéder aux biens laissés sur le territoire par son parent. Nous voyons dans ces abus autant d'atteintes au droit strict de commerce international.

La même considération servira à la solution de certaines questions contestées. L'étranger a-t-il droit au domicile[1] ? Oui et non. Il n'y a rien de nécessaire, à ce que la résidence de l'étranger (accompagnée des circonstances de fait particulières au domicile) ait toutes les conséquences de droit que la loi attache au domicile du national, mais il est de droit strict, que le domicile de l'étranger lui confère au moins les prérogatives indispensables à une résidence paisible et de longue durée, l'inviolabilité de son habitation, le droit de faire appel, au besoin, à la protection des officiers publics locaux, le droit d'user du domaine public, la compétence des tribunaux pour les affaires où il est défendeur, etc. L'étranger a-t-il droit à être propriétaire ?

Serbie). Le groupe libéral qui assimile les étrangers aux nationaux (Italie, Espagne, Allemagne, Suisse, Pays-Bas, Norvège, Roumanie, Russie, États de l'Amérique du Sud, Japon) comprend le plus grand nombre d'États. Certains d'entre eux pourtant mettent encore des obstacles à l'acquisition de la propriété immobilière par les étrangers. En Norvège il faut une autorisation; en Roumanie cette acquisition est interdite, en Russie elle n'est permise que dans les villes. De ces divers systèmes celui de la réciprocité est sans doute le moins soutenable, car il a le double inconvénient de priver de toute autonomie la législation d'un pays et de jeter une perpétuelle incertitude sur la situation des étrangers (Cf. Weiss, *Traité*, t. II, pp. 463 et suiv.).

[1] La question envisagée au point de vue du droit français est controversée par la doctrine. Dans le sens de l'affirmative V. Merlin, *Répertoire* v° Étranger § X ; *contrà* Demangeat, *Condition des étrangers*, p. 366.

En ce qui concerne la propriété mobilière, certainement. On ne conçoit pas le commerce international exercé sans cette facilité. Pour la propriété immobilière le cas est plus douteux. Elle n'est pas indispensable, et l'État n'est pas obligé de rendre l'étranger habile à l'acquérir. Au contraire, il faut que l'étranger puisse s'assurer la possession de biens immobiliers, car cette possession lui sera fréquemment nécessaire. Il peut être incapable de devenir propriétaire, il doit être capable de devenir locataire. Son droit est moins absolu encore en matière de propriété incorporelle. Cette prétendue propriété repose sur une interdiction générale et recouvre un véritable privilège [1]. Il n'y aurait rien à reprocher à un État qui le réserverait à ses nationaux. Cette décision serait régulière, nous ne disons pas avantageuse, et le système libéral qui a prévalu depuis longtemps chez nous semble beaucoup plus conforme aux intérêts de la communauté internationale. Mais encore repose-t-il sur une concession bénévole des États intéressés et non pas sur un véritable droit.

L'étranger a-t-il le droit de nouer des liens de famille avec des nationaux? Bien que cette faculté soit depuis fort longtemps d'une pratique générale, il est permis de penser qu'elle ne résulte pas directement du droit au commerce international, et que, dans la rigueur du droit, un État pourrait interdire, par exemple, le mariage entre ses sujets et des étrangers, comme il le fut pendant longtemps entre pérégrins et citoyens romains. Cependant on doit convenir que l'on est ici en présence d'une pratique si solidement établie que, bien que la raison ne l'impose pas, on peut la considérer comme faisant partie intégrante du droit au commerce international.

[1] Il est à remarquer que la jouissance de la propriété intellectuelle sous ses différentes formes est le seul droit privé qui fasse l'objet de concessions fréquentes dans les traités de la classe des traités à tarifs. C'est sans doute parce que cette concession paraissait s'éloigner davantage du droit commun, qu'elle a été expressément maintenue. Depuis la conclusion des unions de Paris (1883) et de Berne (1886) la question a perdu la plus grande part de son importance pratique.

79) Nous avons essayé de tracer ainsi le tableau des droits que l'étranger doit posséder, parce qu'ils sont nécessaires à la pratique du commerce international. C'est la mesure au delà de laquelle l'État ne peut pas descendre ; voyons maintenant celle qu'il ne peut pas dépasser.

On s'étonnera peut-être de nous voir exprimer cette idée, que la libéralité de l'État à l'égard de l'étranger doit avoir une limite, et qu'il ne peut pas lui accorder tous les droits qui lui seraient utiles et faciliteraient à son profit la pratique du commerce international. C'est une idée certaine cependant et dont la jurisprudence a fait mainte application, sans que le principe en ait jamais été cependant nettement dégagé. C'est aussi une idée fort intelligible. Si la pratique paisible et constante du commerce international peut passer pour l'un des fondements de l'organisation actuelle de la communauté internationale, la distinction des États et le droit de chacun d'eux à une existence séparée, représentent un autre principe aussi essentiel que le précédent et plus élémentaire encore, car, s'il n'y avait pas des États distincts, il n'y aurait pas de commerce international : « en toutes républiques bien ordonnées, disait Bacquet, la condition de l'étranger a toujours été différente du citoyen et originaire du pays »[1]. Il est donc certain que l'État n'a pas vis-à-vis de l'étranger la même liberté d'action qu'il possède vis-à-vis d'un national. Si, par son séjour hors de sa patrie, l'étranger peut être considéré comme soumis aux lois du pays qu'il habite, cette soumission ne peut pas aller jusqu'à rompre ou à modifier gravement le lien qui rattache cet homme à l'État dont il est le national. La volonté de l'individu ne saurait préjudicier aux droits de l'État, et le respect que ces grandes entités doivent conserver pour leur mutuelle souveraineté met obstacle à tout empiétement sur l'autorité qu'elles possèdent respectivement sur leurs sujets.

Telle est la raison d'être de cette limite supérieure que

[1] *Droit d'aubaine*, p. 5.

nous allons maintenant nous appliquer à déterminer plus exactement.

80) La première conséquence de ce principe consiste en ce que l'État ne doit pas toucher au lien de nationalité dans lequel l'étranger est engagé. A la vérité, les rapports de nationalité n'ont rien d'immuable et l'ancien principe de la perpétuité de l'allégeance est, de nos jours, à peu près complètement aboli. Mais cela ne signifie pas que tous les modes de changement de la nationalité soient internationalement légitimes. On n'admettrait pas qu'un État conférât la qualité de citoyens à des étrangers contre leur gré, ou même sans qu'ils eussent manifesté la volonté de changer de patrie. Non seulement les nations lésées ne reconnaissent pas les changements de nationalité ainsi opérés, mais elles protestent contre cet abus et donnent des sanctions effectives à leur protestation. Il s'est formé sur ce point une communauté d'opinion, qui a donné naissance à un droit. Pour qu'une naturalisation soit internationalement valable et soustraie le naturalisé à son allégeance antérieure, il faut qu'elle soit volontaire et qu'elle émane d'une personne capable de consentir ; il faut en outre qu'elle s'explique par quelque circonstance justifiant de l'intérêt que peut avoir cet acte pour le naturalisé. La plus commune de ces circonstances est un séjour d'une certaine durée du naturalisé dans son pays d'adoption. C'est avec raison que notre jurisprudence refuse de considérer, comme susceptibles de faire perdre la qualité de français, les naturalisations qui n'auraient pas été consenties par une personne capable ou qui ne trouvent pas leur explication dans la conduite du naturalisé[1]. Cette jurisprudence est fondée en droit inter-

[1] Sur la capacité nécessaire à la naturalisation des Français à l'étranger v. Cass., 19 août 1874, S., 75-1-52, et 26 février 1890, Cl. 90, p. 117 ; pour la femme séparée de corps, Cass., 18 mars 1878 (affaire Beauffremont, S., 78-1-193); Cogordan, *Nationalité*, p. 179 ; Le Sueur et Dreyfus, *Nationalité*, p. 181. La jurisprudence a récemment déclaré d'ordre public français les questions relatives à la répression de la fraude dans les naturalisations de Français à l'étranger (Paris, 13 mars 1901, Cl. 1901, p. 535).

national : on doit en conclure que si la validité de l'acte était agitée dans un tiers pays désintéressé dans le débat, cet acte devrait y être considéré comme nul.

81) Le premier terme est donc le respect de la nationalité de l'étranger. Le second sera le respect des obligations, dont cet étranger est tenu envers son pays en sa qualité de citoyen. Il aura pour conséquence, d'obliger l'État sur le territoire duquel cet étranger réside, à ne rien faire de ce qui pourrait l'empêcher de satisfaire auxdites obligations. On connaît la grande application pratique de cette idée. Il est interdit de soumettre les étrangers au service militaire, bien qu'il n'y ait rien d'injuste en soi, à ce qu'ils soient appelés au secours du pays qui leur donne l'hospitalité, parce que leur premier devoir est de défendre leur patrie, et qu'ils ne pourraient pas s'acquitter à la fois de cette double obligation[1]. Nous rattacherons au même chef l'exclusion de tous droits politiques qui frappe les étrangers. L'étranger ne jouit pas des droits politiques. Cette incapacité est sans doute une mesure de prudence : il serait fort peu sage de permettre à des étrangers, d'exercer une influence quelconque sur le gouvernement d'un pays, mais elle est aussi une marque de respect pour l'État auquel ces étrangers appartiennent. Un étranger investi d'une fonction politique sera mis par les circonstances en demeure de choisir entre les intérêts de son pays d'origine et ceux de son pays d'adoption. Fidèle aux uns il trahira les autres, c'est une situation inextricable dont on doit écarter jusqu'à la possibilité. De là le refus des droits po-

[1] Ceci doit s'entendre au moins du service dans l'armée du pays où réside l'étranger ; quant au service dans une garde civique exclusivement chargée du maintien de l'ordre intérieur, il faut être moins rigoureux et admettre que les étrangers peuvent y être astreints en compensation de l'hospitalité qu'ils reçoivent dans ce pays. On peut citer comme une rareté la convention entre la France et l'Espagne (7 janvier 1862), d'après laquelle les sujets respectifs des H. P. C., faute d'avoir justifié de l'accomplissement de leurs obligations militaires dans leur patrie, étaient incorporés dans le pays de leur résidence.

litiques à l'étranger. Ici encore nous sommes en présence d'un droit commun, d'une loi nécessaire, bien que l'on puisse citer certaines exceptions[1], loi que l'on sous-entendra dans les traités mêmes, lorsqu'ils paraissent écrits dans le but d'établir une égalité aussi exacte que possible entre l'étranger et le national.

82) Deux conséquences pratiques découlent de là. L'une, est que les étrangers ne peuvent jamais réclamer de droits politiques, l'autre, que l'État ne doit ni leur en imposer ni même leur en proposer l'exercice. Ce sont là des vérités banales et que, il y a peu de temps encore, on eût jugé inutile de rappeler. Tout récemment, le conflit sud-africain a fourni un exemple d'étrangers réclamant des droits politiques de l'État qui leur accordait l'hospitalité. Cette prétention, assez peu ordinaire et qui cependant a donné naissance à une guerre, est bien faite pour confirmer l'autorité des principes et en démontrer pratiquement la nécessité. Il n'est pas douteux, en effet, que dans le cas ici rappelé les prétentions élevées par les étrangers fussent incompatibles avec la sûreté de l'État. Elles n'étaient rien autre qu'un moyen détourné de mettre la main sur le gouvernement de la République sud-africaine[2].

[1] Un traité entre l'Équateur et le Salvador, du 20 mars 1890, accorde aux citoyens de chacun des deux États sur le territoire de l'autre, tous les droits politiques que la loi ne réserve pas aux seuls citoyens. Cette disposition exceptionnelle qui, dans l'espèce, s'explique assez bien par la communauté d'origine et la parenté étroite des deux républiques, donne lieu à une question fort épineuse : cette concession est-elle de nature à profiter à d'autres États par l'effet de la clause de la nation la plus favorisée ?

[2] Le cours des événements a montré que les prétentions des uitlanders leur étaient inspirées par le gouvernement anglais dans un but de spoliation et de conquête. L'exemple du Transvaal mérite de n'être pas oublié. Il montre toute l'importance sociale de nos règles, de celles en particulier qui excluent les étrangers de toute participation aux droits politiques et qui réservent à l'État le droit de statuer à sa guise sur l'immigration des étrangers dans ses domaines. Il montre aussi aux auteurs qui nient toute communauté de nature entre le droit international

Tout État peut donc exiger de ses nationaux établis à l'étranger l'exécution de leurs obligations civiques et les États voisins commettraient un abus de pouvoir en s'y opposant. Bien plus, par l'institution universellement acceptée des consulats, les divers gouvernements se fournissent réciproquement les moyens d'exercer leur autorité sur leurs nationaux expatriés. C'est ce que l'on peut appeler la forme négative du respect du droit de l'État. Pour que cette idée de respect fût poussée jusqu'au bout, il faudrait qu'à cette forme négative vînt se joindre la forme positive correspondante, il faudrait, puisque l'action de la force publique est partout strictement territoriale, que l'État, sur le territoire duquel résident les étrangers, employât au besoin sa force publique à les contraindre à s'acquitter des devoirs dont ils sont tenus envers leur patrie. La coutume internationale n'est pas allée jusque-là. Elle s'oppose à ce que l'État empêche ces hommes de remplir leurs devoirs civiques, elle ne l'oblige pas à les y contraindre. Sur un point seulement la pratique des nations est entrée dans cette voie. Comme il est injuste et scandaleux, qu'un criminel réussisse à échapper par la fuite au châtiment qui le menace, on le remet par l'extradition au gouvernement qui le poursuit ou veut lui faire subir la peine qu'il a encourue. C'est là matière à traité, mais les traités d'extradition sont si nombreux qu'il s'est formé sur ce point un droit commun aux nations. C'est à cela que se borne l'intervention active des États ; ils n'obligent du reste l'étranger ni à remplir son devoir civique ni à payer ses impôts : ils ne permettraient pas sur leur territoire l'exécution de peines encourues par l'étranger pour s'être soustrait à ses obligations. Doit-on accuser de cette lacune la seule imperfection des institutions internationales, nous ne le pensons pas. On n'expliquerait pas ainsi qu'une institution

public et le droit international privé, que l'on fait quelquefois la guerre pour des questions du ressort de notre science et qu'un État peut perdre l'existence dans le conflit suscité à l'occasion de pareilles questions.

qui fonctionne sans difficulté au profit des particuliers, devienne inefficace dès qu'il s'agit de vouloir les intérêts de l'État. Il est plus juste de rapporter cette inégalité à une pensée plus profonde, et de dire qu'en paralysant au delà du territoire l'action de l'État sur ses citoyens, on a voulu mettre une borne à la tyrannie possible de l'État et donner à l'homme un moyen extrême de sauvegarder son indépendance des atteintes injustes dont elle peut être menacée.

Même dans la sphère du pur droit privé on rencontre la trace de cette limite supérieure qu'il faut admettre à l'action de l'État à l'égard de l'étranger. Ici elle est certainement bien moins visible, parce qu'il est en général fort indifférent à la communauté que ses membres jouissent à l'étranger d'une plus grande somme de droits. Mais il n'en est pas toujours ainsi et, le cas échéant, la pratique n'hésite pas à maintenir les droits de l'État national, fût-ce au prix du sacrifice des règles ordinaires du droit. Nous en trouvons un exemple dans les cas où la fraude à la loi est démontrée. Il arrive par suite de la différence des législations qu'une personne peut faire un acte à l'étranger plus facilement que dans sa patrie. S'il apparaît que la personne ne s'est transportée à l'étranger que pour éluder certaines garanties jugées indispensables par son législateur national, les tribunaux, sur la preuve de la fraude, tiendront l'acte pour nul. En doctrine cette annulation est contestée surtout parce qu'elle peut prêter à abus. Nous la considérerons comme une application de cette idée que le pouvoir d'un législateur ne doit pas aller jusqu'à couvrir la fraude ourdie par des étrangers au détriment de l'autorité de leur loi nationale[1].

[1] Les exemples de fraude à la loi se rencontrent soit de la part de personnes qui comptent échapper ainsi à l'accomplissement d'un devoir civique (exemple : la naturalisation sollicitée à l'étranger pour éviter la charge du service militaire), soit chez celles qui veulent ainsi éluder l'application de quelque loi civile jugée gênante. Les cas les plus fréquents se rapportent au mariage et au divorce (mariages de Gretna

Un État excéderait encore ses droits à l'égard des étrangers s'il leur refusait le bénéfice de leur statut personnel et prétendait leur appliquer en tout les règles de sa propre législation. Bien que ce cas appartienne à la matière des conflits et non pas à celle de la condition des étrangers, il doit être mentionné ici. Priver arbitrairement un étranger du bénéfice de son statut personnel, c'est se refuser à reconnaître les conséquences civiles de sa qualité d'étranger, c'est porter atteinte au droit de législation que l'État étranger conserve sur ses sujets expatriés.

Une autre question plus vaste et plus importante se présente ici. Est-il loisible à un État d'accorder à des étrangers des droits quelconques, sans aucune considération des dispositions contenues dans la législation nationale de ces derniers ? Nous l'examinerons dans le prochain chapitre. Elle nous fournira peut-être la démonstration d'une autre limite à la libéralité de l'État.

83) Nous avons essayé ainsi de déterminer les limites entre lesquelles se déploie la liberté de l'État. Cette liberté n'est pas, on le voit, le principe unique et absolu que l'on se plaît à poser ; elle a ses bornes. L'État peut mesurer à sa guise les droits qu'il concède à l'étranger, mais il ne le peut qu'à la condition de ne pas demeurer au-dessous d'une certaine limite et de ne pas en dépasser une autre. Tout n'est pas arbitraire pour lui en cette matière ; elle comprend une part d'obligation à laquelle il ne saurait se soustraire, et une part de faculté dont il dispose à sa guise. En fait, le mouvement actuel de la législation est très uniforme et tend dans tous les pays à accorder aux étrangers la jouissance complète des droits privés, qui appartiennent aux na-

Green, affaire de Beauffremont, mariages de Klausenbourg). En refusant d'observer, dans des cas semblables, l'effet des actes passés à l'étranger, la jurisprudence consacre cette idée que l'application des lois étrangères n'est pas légitime, lorsqu'elle est provoquée par artifice, idée un peu subtile et d'un maniement délicat, mais tout à fait conforme au respect que se doivent mutuellement les États.

tionaux. Si quelques exceptions subsistent encore (comme pour la propriété des navires)[1] elles sont de peu d'importance et s'expliquent par l'intérêt supérieur de l'État. On tend ainsi au principe de l'égalité du national et de l'étranger dans ce domaine. Il y a bien à dire sur ce prétendu principe et, même dans l'état actuel du droit, l'égalité entre le national et l'étranger est plus apparente que réelle. Il faut compter en effet avec l'application du statut personnel de l'étranger, qui aura souvent pour effet de modifier en sa personne la physionomie de l'institution juridique dont l'accès lui est ouvert. Le mariage est permis en France aux étrangers comme aux Français, cependant le mariage de deux étrangers ne ressemblera à celui de deux Français, ni par ses conditions ni par ses effets. Égalité à la surface, diversité au fond, voilà la vérité. Ce qui demeure, c'est la faculté ouverte à l'étranger de bénéficier à sa façon des diverses institutions de droit privé organisées au bénéfice du national, faculté précieuse, favorable au développement du commerce international. On peut souhaiter que cette égalité devienne plus parfaite encore, sans se dissimuler qu'un jour viendra peut-être où une réaction s'imposera.

L'ancien exclusivisme des races ne menace plus l'étranger : il demeure différent du national, il n'est plus considéré comme inférieur à lui. Mais il arrivera vraisemblablement que certains pays devront se protéger contre l'invasion pacifique des étrangers, aussi bien que contre leur invasion violente. La première richesse d'une nation est dans sa population. Comme toutes les autres richesses, la

[1] Toutes les nations maritimes exigent, pour accorder à un navire le droit de porter le pavillon national et les avantages dérivant de la possession de ce droit, que ce navire appartienne en totalité ou pour la plus grande partie à des nationaux ; le plus souvent, en outre, que l'équipage soit composé de nationaux dans une certaine proportion, quelquefois qu'il ait été construit dans le pays. Du reste les législations varient sur ces divers points (v. Lyon-Caen et Renault, *Droit commercial*, t. V, pp. 43 et suiv.).

population a besoin de protection[1] : il faut que, dans des conditions économiques défavorables, l'État l'aide à se conserver et à s'accroître : il n'y parviendra qu'en rompant au profit du national l'égalité que l'on prône aujourd'hui. C'est dans le domaine de l'industrie que la condition de l'étranger sera faite inférieure à celle du national. Il ne faudra pas s'en étonner. Le premier devoir de l'État est de se conserver.

La condition des étrangers ne dépend pas seulement des lois intérieures, mais aussi et plus encore peut-être des traités de commerce. Nous y trouvons l'idée d'égalité poussée à l'extrême et appliquée soit aux droits industriels et commerciaux, soit aux charges qui peuvent être imposées aux étrangers. A ces points de vue l'action des traités a son importance ; ils sont utiles aussi, parce qu'ils sont plus fixes, le droit qu'ils établissent ne pouvant être modifié jusqu'à l'époque fixée pour leur expiration. Par contre leur défaut est dans la forme trop absolue de leurs dispositions ; il semble à les lire qu'il ne puisse subsister la moindre différence entre la condition du national et celle de l'étranger. Or cet état de droit ne serait ni souhaitable ni possible. Aucun traité ne peut faire qu'un étranger ne soit pas un étranger, et cela seul est la cause de certaines différences de droit qui existeront toujours entre le national et lui.

Aussi faut-il se garder de prendre à la lettre ces clauses d'égalité que prodiguent les rédacteurs de traités. Elles ne sauraient avoir pour effet de faire disparaître, ni même de reculer la limite supérieure que l'État ne peut pas dépasser dans ses concessions aux étrangers. Elle n'a pas davantage pour conséquence de soumettre en tout les étrangers à la même législation que les nationaux : priver des étrangers, que l'on veut favoriser, du bénéfice de leur statut personnel

[1] L'expérience a déjà montré qu'il en peut être ainsi. On voit que les États-Unis, menacés par l'immigration chinoise, ont été amenés à la restreindre législativement dans des limites fort étroites.

serait leur faire une condition inférieure de beaucoup au droit commun. En réalité cette clause d'égalité n'est efficace, qu'en ce qui concerne le pouvoir arbitraire appartenant, dans une certaine mesure, au législateur. La clause d'égalité met obstacle à ce que la qualité d'étranger soit la cause d'une réduction arbitraire dans les droits attribués à la personne : elle ne détruit pas les différences existant forcément entre le national et l'étranger, elle relève seulement ce dernier de l'infériorité voulue dans laquelle la loi positive peut l'avoir placé. De là pour l'interprète la nécessité d'une extrême prudence dans l'interprétation de cette clause.

La stipulation de l'égalité entre le national et l'étranger se trouve généralement accompagnée dans les traités de la clause de la nation la plus favorisée. On est tenté de se demander quelle peut être l'utilité de cette dernière clause entre deux États, qui ont décidé d'assimiler leurs sujets respectifs au point de vue de la jouissance des droits privés. Son action est en effet ici beaucoup moins grande que dans les cas où elle est employée seule. Cette utilité subsiste cependant sur les points, où la condition de l'étranger demeure forcément distincte de celle du national par rapport aux formalités et conditions de l'expulsion par exemple, ou encore quant aux ménagements dont la personne et les biens de cet étranger pourront bénéficier en cas de guerre. Du reste, ni l'une ni l'autre de ces deux clauses n'ont le pouvoir d'effacer les différences essentielles qui sépareront toujours la condition de l'étranger de celle du national.

Une question identique à celle que nous venons d'examiner se pose en ce qui concerne les personnes morales. Quels sont les droits des personnes morales étrangères ? Existe-t-il en ce qui les concerne une règle internationale, une obligation de l'État ? Cette question subira naturellement l'influence de la solution que l'on donnera dans chaque pays à la difficulté préalable ci-dessus examinée. Si l'on considère ces êtres de raison comme inexistants en

dehors du pays qui leur a conféré la personnalité, et s'il leur faut obtenir à l'étranger une personnalité nouvelle, il sera logique de décider que la collation de cette personnalité étendra à ces personnes d'origine étrangère tous les droits que possèdent les personnes nationales de la même sorte. C'est ce que décide en France un avis du Conseil d'État du 12 janvier 1854 qui fait autorité en la matière. Sur ce point le principe rigoureux de la territorialité aura pour elles des conséquences favorables, et aboutira à établir entre personnes nationales et étrangères une uniformité de condition aussi complète que possible. Dans ce système, comme nous le disions plus haut, il n'y a pas de véritables personnes morales étrangères : la raison de cette égalité de droits se trouve précisément là.

Mais ces idées ne sont point les nôtres. L'existence de personnes morales, constituées régulièrement et sans fraude d'après la loi d'un pays quelconque, a une valeur internationale certaine et doit être reconnue partout. Quels seront les droits de ces personnes ? Ici une observation essentielle doit trouver place. Les personnes civiles étrangères ne sauraient avoir nulle part des droits plus étendus que ceux qu'elles possèdent dans le pays de leur institution. Ce principe résulte déjà de cette idée, que les droits de la personne étrangère ne lui appartiennent qu'en vertu de la reconnaissance dont elle bénéficie : or, on ne reconnaît que ce qui existe, une reconnaissance n'est pas une création nouvelle et demeure limitée dans ses effets au contenu de l'institution juridique qui est reconnue. Il est en outre commandé par une considération particulière à cette sorte de personnes. Il n'existe pas d'analogie entre les personnes physiques et les personnes civiles. Ces dernières n'existent jamais que par la mise en commun des ressources et de l'activité d'un certain nombre de personnes physiques. A la naissance de toute personne civile il y a un contrat et les droits qu'exercent ses représentants légaux ne sont jamais exercés qu'en vertu d'une délégation. Or il est évident, que l'étendue de cette délégation doit se mesurer, d'a-

près la volonté des intéressés, sur les dispositions de la loi sous l'empire de laquelle la personne civile a pris naissance. Une personne civile ne saurait donc pas user à l'étranger de facultés qui lui sont refusées par la loi du lieu où elle a pris naissance, sans violer la loi du contrat qui lui sert de base. Voilà donc un premier point certain. Une personne civile ne peut pas jouir à l'étranger de plus de droits que dans le lieu de son établissement.

A cette première limitation une seconde vient se joindre. En dehors du lieu de son origine, la personne morale est une étrangère privée des droits qui, par leur volonté ou par leur nature, sont réservés aux personnes civiles nationales. Nous avons cité précédemment, comme exemple de restrictions de ce genre, les sociétés qui reçoivent une délégation de la puissance publique : on peut y joindre celui de sociétés, qui se proposeraient une action politique ou militaire dans les pays où elles ont leurs établissements. L'État ne saurait souffrir sans imprudence et sans danger qu'une société étrangère assume un semblable rôle sur son territoire.

Pour le reste, les principes exposés là-dessus relativement aux étrangers vivant et agissant auront leur application aux sociétés. L'État devra leur accorder les droits inhérents à l'idée de commerce international, droits qui se résumeront pour elles, dans la faculté d'étendre leur action au pays étranger et de jouir des libertés nécessaires en fait pour que cette action soit pratique et utile. Inversement, l'État devra respecter en elles leur qualité de sociétés étrangères et ne point leur imposer des obligations incompatibles avec leur existence dans le pays de leur établissement. Il demeure libre dans ces limites de faire des différences entre les sociétés nationales et les sociétés étrangères, et l'on peut, sans violer les lois de l'interprétation, appliquer aux personnes morales les dispositions législatives portées pour les étrangers. C'est ainsi que chez nous, on leur applique les dispositions des articles 14, 15 et 16 du code civil. De l'avis

unanime des auteurs, les lois d'ordre public de chaque pays s'appliquent aux personnes civiles nationales et étrangères sans distinction. Mais c'est un point qui excède l'objet actuel de nos recherches.

Ces différences donnent un intérêt capital au point de savoir, quelles sont les personnes morales nationales et quelles sont les étrangères. Pour les sociétés de commerce ce point est fort délicat : c'est la célèbre question de la nationalité des sociétés. Pour les autres personnes morales il paraît plus simple. C'est le lieu de la fondation, ou plus exactement le lieu dans lequel elle a acquis la personnalité civile, qui fixera la nationalité de cette personne.

84) Une dernière question s'impose ici à notre attention. Que deviennent les droits des étrangers en cas de guerre entre leur patrie et le pays dans lequel ils ont leurs intérêts ? Il faut, à cet égard, distinguer suivant les époques. Pendant longtemps la guerre a été considérée comme brisant tout lien de droit entre les nations ennemies. Dans cette théorie (dont le droit des gens actuel garde encore des vestiges) l'étranger ennemi n'a aucun droit, et ne saurait attendre de ménagement que de la générosité de son adversaire. La pratique, il est vrai, a été ici moins inhumaine que la théorie et, sauf dans de très rares circonstances (les Vêpres siciliennes par exemple), la vie du particulier ennemi a été épargnée. Mais l'usage des confiscations est venu de là et s'est longtemps maintenu. La nécessité du commerce international a été ici plus forte que la haine existant entre ennemis. Peu à peu, la guerre n'a plus été considérée que comme un moyen de se faire rendre justice par un adversaire récalcitrant, conception qui n'est point du tout incompatible avec le maintien de liens de droit entre ennemis. La propriété de l'ennemi est maintenant respectée comme sa personne elle-même, les liens de droit qu'il peut avoir noués en pays ennemi, avant l'ouverture des hostilités, subsistent.

Sa capacité de droit est elle-même maintenue dans la limite où l'interdiction du commerce entre belligérants en permet la survivance. La question la plus délicate est peut-être ici de savoir si, pendant les hostilités, des particuliers ennemis peuvent s'adresser aux tribunaux, en obtenir à leur profit des condamnations et faire exécuter celles-ci [1].

[1] La question de la condition civile de l'étranger ennemi a été fort négligée par la doctrine, quoique étant fort intéressante. Seul le droit d'expulsion est bien connu. Cette abstention s'explique par cette double circonstance qu'en fait il y a peu de rapports entre sujets de nations ennemies et que l'interdiction du commerce entre belligérants limite singulièrement le nombre des rapports possibles. Mais en dehors du domaine exclu par cette interdiction que décider ? Un point est absolument certain, c'est que la guerre ne saurait résoudre les rapports civils antérieurement formés. Ce serait une perturbation intolérable. Empêche-t-elle des rapports nouveaux de se nouer ? La réponse à cette question dépend de l'idée que l'on se fait de l'état de guerre et la tendance du droit moderne, qui est très décidément dans ce domaine une tendance à la limitation des effets de la guerre à l'objet précis qu'elle poursuit, autorise à trancher négativement cette question. Du reste, alors même que l'on professerait l'opinion contraire, il y aurait lieu de se demander si les rapports juridiques nés pendant la guerre ne seraient pas rétroactivement consolidés à la paix par l'effet du vieux droit de post-liminie. Les traités (de commerce ou de navigation, consulaires) se préoccupent fréquemment et depuis longtemps (ces clauses comptent parmi les plus anciennes) de la condition des sujets ennemis, mais c'est surtout en vue d'assurer contre la confiscation les propriétés qu'ils possèdent sur le sol ennemi et pour leur permettre de prévenir la saisie de leurs navires ancrés dans les ports de l'ennemi. Il n'est pas douteux que ces dispositions écrites pour la guerre ont leur effet en temps de guerre. Mais en serait-il de même des autres dispositions que renferment ces traités touchant la condition civile des sujets, des contractants ? Cela rentre dans la question de la survivance des traités dans l'état de guerre, question discutée en doctrine, mais sur laquelle la pratique s'est montrée jusqu'ici fort rigoureuse. Notre Cour de cassation a décidé que l'abolition du droit d'aubaine avait survécu à l'état de guerre (Cass., 3 vendémiaire an X ; Merlin, Successions, sect. I, art. II ; cf. Nos *Lois actuelles de la guerre*, pp. 74 et suiv.).

CHAPITRE VII

Les étrangers en droit français.

85. Condition des étrangers dans le droit français actuel. — 86. Distinction entre les droits politiques et les droits civils. — 87. Étrangers ordinaires. — 88. Critique de l'article 11 du code civil. — 89. Rappel de la controverse élevée sur ce texte entre la doctrine et la jurisprudence. — 90. Tendance des deux opinions vers l'égalité du national et de l'étranger. — 91. Étrangers privilégiés. — 92. L'étranger peut-il réclamer en France un droit dont il n'est pas investi dans sa patrie? — 93. Examen de la question dans les rapports des États entre eux. — 94. Nouvelle limite posée au libre arbitre du législateur. — 95. Autre question relative au droit de l'étranger. — 96. Condition des étrangers au point de vue judiciaire. — 97. Étranger demandeur; caution *judicatum solvi*. — 98. Étranger défendeur; critique de l'article 14 du code civil. — 99. Français défendeur; critique de l'article 15 du code civil. — 100. Incompétence des tribunaux français dans les litiges entre étrangers; critique de cette règle. — 101. Recherche d'un principe directeur quant à la compétence en droit international privé. — 102. Condition des étrangers au point de vue fiscal. — 103. De la territorialité fiscale. — 104. Obstacles à la construction d'une théorie rationnelle de droit fiscal international. — 105. Base d'une solution empirique du problème; égalité du national et de l'étranger. — 106. Difficultés dans l'application de ce principe.

85) Après avoir posé les principes juridiques qui régissent dans tous les pays la condition des étrangers, il nous paraît intéressant de consacrer un chapitre à l'examen des droits des étrangers dans la législation française actuelle,

moins sans doute pour rappeler des solutions concrètes bien connues, que pour vérifier jusqu'à quel point a été poussée chez nous l'idée de l'égalité du national et de l'étranger, et aussi pour rechercher si nos lois sont conformes aux règles internationales ci-dessus exposées. La condition des étrangers doit être examinée aux trois points de vue civil, judiciaire et fiscal, si l'on veut prendre une idée juste de l'ensemble de leurs droits.

86) Il convient d'observer d'abord que la distinction des droits politiques et des droits civils est rigoureusement faite par notre législation, beaucoup plus rigoureusement, à coup sûr, qu'elle ne l'était autrefois. On a eu de fréquents exemples d'étrangers exerçant des emplois en France ou commandant à des troupes françaises[1]; ces exemples ne pourraient plus se renouveler aujourd'hui. Aucune fonction publique ne peut être exercée que par des nationaux. La législation et après elle la jurisprudence[2] poussent fort loin cette idée, presque jusqu'à l'exagération. Il est inévitable que certaines difficultés se présentent dans la fixation de la ligne de démarcation à tracer entre la fonction publique inaccessible à l'étranger et l'industrie privée qui lui est ouverte, et que les solutions adoptées ne soient pas empreintes d'un certain arbitraire. L'étranger peut être agent d'affaires, il ne peut être ni avoué, ni notaire,

[1] Cette pénétration eut pour cause principale les alliances entre familles souveraines. Il arrivait assez fréquemment que les reines de France amenaient à leur suite un certain nombre de compatriotes qui, grâce à leur protection, parvenaient parfois aux premières charges de l'État. Le cas du maréchal d'Ancre et de sa femme Léonore Galigaï est peut-être le plus caractéristique à ce point de vue.

[2] Celle-ci pour des raisons souvent assez contestables. Ainsi la pratique explique l'incapacité de l'étranger d'être avocat, par ce motif que les membres du barreau peuvent être appelés à l'occasion à exercer les fonctions de juges. Voilà une raison bien faible, car il serait fort possible de laisser aux étrangers la faculté d'être avocats, tout en leur refusant l'exercice occasionnel des fonctions judiciaires. On remarquera que ce n'est pas la solution en elle-même que nous critiquons, mais bien l'argumentation par laquelle on prétend la justifier.

ni avocat : il peut parfois servir d'arbitre, parfois il ne le peut pas; de même, suivant les cas, il peut être témoin instrumentaire, ou il ne possède pas ce droit. Certaines des solutions indiquées pourraient être critiquées au pur point de vue des principes, mais il faut compter aussi avec la liberté du législateur et ce n'est pas sans raison que certaines fonctions qui, par nature n'ont rien de politique, sont cependant réservées aux Français. Dans chaque pays les nationaux inspirent plus de confiance que les étrangers, parce qu'ils ont de plus fortes attaches au sol, il sera judicieux de confier aux seuls nationaux les fonctions qui supposent chez leur titulaire le droit à un crédit particulier. Mais le principal intérêt que présente la condition juridique de l'étranger n'est pas là. Cet intérêt se présente lorsque l'on en arrive aux droits privés de l'étranger.

87) Il existe chez nous, on le sait, deux catégories d'étrangers, l'étranger ordinaire dont la situation est réglée par l'art. 11 du code civil, et l'étranger privilégié appelé à bénéficier de la disposition plus libérale de l'art. 13.

Il faut rappeler le texte même de cet art. 11 qui a prêté à une si longue controverse : « l'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra ». Il est difficile de savoir ce que signifie exactement cet article, plus difficile encore de suppléer à ce qu'il ne dit pas. On sait qu'il procède d'un esprit de réaction légitime contre le libéralisme trop grand de la législation intermédiaire. Les pays voisins n'avaient pas répondu par une générosité égale à la générosité des lois portées par l'Assemblée nationale. L'étranger jouissait en France de tous les droits privés accordés aux citoyens, cependant que le Français demeurait à l'étranger sur un pied d'inégalité flagrante par rapport aux nationaux du pays. C'est pourquoi les rédacteurs du code civil

crurent sage de recourir au système de la réciprocité, et comme la réciprocité pure et simple ne leur sembla pas une garantie assez solide, ils allèrent jusqu'à l'extrême et adoptèrent le système de la réciprocité diplomatique.

88) Aux termes de notre loi, il faut donc pour que l'étranger puisse revendiquer en France la jouissance d'un droit, que ce droit soit accordé au Français dans le pays auquel cet étranger appartient en vertu des traités passés par ce pays avec la France. La seule application de ce texte peut être déjà fort embarrassante. Il suppose un traité. Ce traité peut avoir été conclu en vue d'un droit particulier, la propriété des marques de fabrique par exemple. Aucune difficulté ne se présente en pareil cas. Le Français reçoit du traité le droit au respect de sa marque de fabrique dans l'État étranger. Le national de cet État pourra par réciprocité se prévaloir de la propriété de sa marque de fabrique en France. Il faut ajouter que la disposition de l'art. 11 sera alors radicalement inutile. Les clauses, dans le genre de celles qu'il suppose, sont toujours faites réciproques, les droits qu'elles accordent au Français à l'étranger sont toujours aussi expressément accordés à l'étranger en France ; pour que ce dernier soit admis à se prévaloir du droit qu'elles sanctionnent, l'art. 11 lui est inutile, il lui suffit d'invoquer le texte du traité.

Les promesses échangées dans un traité peuvent aussi être générales. Quelquefois elles consistent dans une énumération de droits fort compréhensive, quelquefois dans une formule tout à fait abstraite et générale. Ainsi, les traités de commerce et d'établissement portent fréquemment que les sujets de chacune des H. P. C. jouiront sur le territoire de l'autre de tous les droits dont jouissent les habitants du pays. Si ces derniers se trouvent en cas d'invoquer en France l'art. 11, ce texte ne leur permettra pas de jouir en France de tous les droits dont jouissent les Français. Ils ne peuvent jouir en effet que des *mêmes* droits dont jouissent les Français dans leur pays. Il faut

donc qu'il existe une correspondance visible entre le droit auquel ils prétendent et l'un des droits ouverts par le traité aux Français dans leur patrie. Cette condition étant supposée défaillante, l'art. 11 ne sera d'aucun usage à l'étranger et il devra se recommander de préférence de la réciprocité exprimée dans le corps du traité, si toutefois celle-ci est conçue en termes plus larges que ceux de l'art. 11. Un étranger appartenant à un pays où l'adoption n'est pas reconnue, une femme n'ayant pas d'hypothèque légale dans ses lois nationales allégueraient en vain, en vue d'exercer en France des droits semblables, la clause d'un traité accordant aux Français dans leur pays tous les droits dont jouissent les nationaux. En poussant les choses à l'extrême et en supposant deux États à législations entièrement différentes, le texte de l'art. 11 ne servirait à rien aux citoyens de l'un et de l'autre[1].

Cette imperfection assez grave de l'art. 11 a passé à peu près inaperçue en présence du défaut bien plus grand en-

[1] Les auteurs, très préoccupés de donner un sens raisonnable à la disposition de l'art. 11, n'ont pas en général prêté une attention suffisante à la condition expressément mise par cet article à la jouissance de l'étranger. Il faut que le Français jouisse, en vertu d'un traité, dans le pays de cet étranger, des *mêmes* droits que celui-ci vient revendiquer en France. Que signifie cette expression les *mêmes* droits ? S'il s'agissait d'une identité absolue, l'exigence de l'art. 11 ne serait jamais satisfaite ; on ne trouvera jamais deux pays ayant sur un point donné des institutions exactement soumises au même régime. Il ne s'agit donc pas d'identité, il ne peut être question que de similitude. Jusqu'à quel point cette similitude doit-elle s'étendre pour que l'on puisse dire, qu'il s'agit des mêmes droits et que la condition requise par l'art. 11 est satisfaite. Il y a là un point nécessairement abandonné à l'appréciation des tribunaux et qui pourra donner naissance à de graves difficultés. Le cas s'est présenté récemment. Une femme vaudoise réclamait en France le bénéfice de l'hypothèque légale en vertu de l'art. 11 et de la convention franco-suisse du 23 janvier 1882. Or dans le canton de Vaud, les femmes mariées jouissent d'une garantie appelée assignat : il s'agissait de savoir si cet assignat, qui par ses effets rappelle incontestablement l'hypothèque, lui ressemble assez pour fournir la condition de similitude inscrite dans l'art. 11. Le tribunal de Thonon a résolu négativement cette question par un jugement du 10 janvier 1900. Cf. dans la même affaire, Chambéry, 8 juillet 1900, Cl. 01, p. 166, et Cass., 27 janvier 1903, dans la Loi du 11 mars.

core qui frappe à la lecture de cet article. Les rédacteurs du code s'imaginaient-ils en l'écrivant que des traités nombreux et précis seraient faits concernant les droits des Français à l'étranger? Si oui, leur illusion a été grande, car justement dans les vingt-cinq années qui suivirent la confection du code civil, on ne rencontre à peu près pas de traités de ce genre. Ils devinrent ensuite assez nombreux, puis de nos jours ils sont à peu près tombés en désuétude. Faut-il en conclure que la plupart des étrangers ne jouissent chez nous d'aucuns droits, qu'en temps de guerre, lorsque les traités ont été dénoncés, les sujets de l'ennemi ne sauraient avoir chez nous de droits d'aucune sorte? Cela serait absurde et incompatible avec le droit au commerce international. Les quelques auteurs qui, par respect pour la lettre impérative de l'art. 11, ont cru devoir subir cette interprétation radicale, l'ont tout aussitôt tempérée par toute une série d'exceptions tirées par violence, il faut bien le dire, de divers textes[1]. Il suffit qu'un article contienne une allusion quelconque à un droit possédé en France par un étranger, pour qu'ils mettent ce droit en dehors de la portée d'application de l'art. 11. C'est un raisonnement trop inspiré par le besoin et actuellement il ne séduit plus personne.

89) Par contre, la controverse demeure très vive entre l'opinion que maintient notre jurisprudence et celle qu'ont adoptée, à la suite de MM. Valette et Demangeat, de nombreux auteurs de la dernière moitié du XIXe siècle. L'une et l'autre tendent à restreindre à une catégorie assez li-

[1] Cf. Demolombe, t. I, pp. 366 et suiv. Demolombe admet, par exemple, que les étrangers peuvent être en France propriétaires d'immeubles et il en donne comme preuve l'art. 3, § 2, aux termes duquel les immeubles situés en France sont régis par la loi française, même s'ils sont possédés par des étrangers. Mais ceci est d'un raisonnement beaucoup trop lâche, car rien ne prouve à priori que l'art. 3 ne vise pas les étrangers, qui ont pu devenir propriétaires en France en vertu d'un traité diplomatique ou encore ceux qui se trouvent dans la situation prévue par l'art. 13.

mitée de droits le domaine de l'art. 11 et à accorder à l'étranger sans condition aucune, tout ce qui n'est pas compris dans ce domaine; toutes deux ne trouvent aucun appui dans le texte de l'art. 11 et se recommandent de certains passages des travaux préparatoires. Du reste elles divergent tout à fait, quant à la route suivie. La jurisprudence ressuscite pour les besoins de la cause l'ancienne distinction du droit civil et du droit des gens [1], la doctrine de Valette prétend démontrer que les seuls droits dont l'étranger ne jouit pas *de plano* sont ceux qu'un texte spécial a réservés au Français.

Cette discussion est bien connue et nous ne croyons pas devoir y insister beaucoup. Ce qui frappe, à notre avis, lorsque l'on compare les deux interprétations en présence, c'est qu'elles paraissent toutes deux assez improbables. Il peut sembler naturel de faire revivre la distinction traditionnelle du droit civil et du droit des gens, et ses partisans ne manquent pas d'observer que, du droit romain qui l'a inventée, elle s'est transmise jusqu'à nous par le canal de notre ancienne jurisprudence. Mais ce qui affaiblit singulièrement ce raisonnement, c'est que cette célèbre distinction aurait chez nous un sens tout différent de celui que lui attribuait notre ancien droit. Autrefois [2] le droit des gens comprenait les droits dérivant d'actes faits entre vifs, ces droits étaient accessibles aux étrangers ; le droit civil était celui qui prenait sa source dans des actes faits pour cause de mort. L'étranger en était exclu. Cette distinction ne concorde plus avec les termes du code civil, qui permettaient à l'étranger de laisser une succession à des héritiers français et lui interdisaient de recevoir une donation entre

[1] Elle y est autorisée dans une certaine mesure par les travaux préparatoires. On cite en ce sens des déclarations de Portalis et de Siméon (Locré, t. I, p. 330), mais il est probable que cette distinction existait en traits assez flottants dans l'esprit des législateurs de l'époque, car le Tribunat, ayant demandé que l'on fît une énumération des droits civils, n'obtint pas de réponse à sa demande (Demangeat, *Condition des étrangers*, p. 254).

[2] Cf. Demangeat, *ibid.*, p. 128.

vifs. Il paraît d'une interprétation vicieuse d'emprunter à une distinction traditionnelle son nom et son autorité en lui assignant, comme le fait la jurisprudence, un sens tout à fait nouveau.

Par contre, il n'est pas sans témérité d'interpréter l'art. 11 comme le fait la doctrine. Si l'opinion précédente introduit dans son texte une réserve qui n'y figure point, celle-ci fait pire, elle donne à l'article un sens contraire à son texte, car celui-ci est un impératif formel et cette doctrine le réduit aux proportions d'une disposition hypothétique et conditionnelle. Par lui-même, il ne vaudrait que comme avertissement ou comme menace : il ne prendrait d'autorité véritable qu'au fur et à mesure que des textes spéciaux viendraient le confirmer. Cela encore paraît bien peu probable[1]. Et cependant cette interprétation est, après tout, la plus raisonnable peut-être, parce que c'est elle qui réduit davantage la portée d'un article mal construit, inapplicable.

90) Il n'y a du reste que fort peu de distance entre les conséquences pratiques des deux opinions opposées. La jurisprudence tend à augmenter toujours la catégorie du droit des gens aux dépens de celle du droit civil, et on ne trouve plus qu'en matière d'adoption, de tutelle[2], d'hypo-

[1] On connaît le parti très ingénieux que l'on tire dans cette opinion de la présence des art 726 et 912 dans les articles du code (cf. Demangeat, p. 155). Pour que cet argument fût sans réplique il faudrait que l'on n'y trouvât jamais de répétitions de principes faites à l'occasion d'hypothèses particulières. Or il n'en est pas ainsi en fait. On trouvera dans Weiss une tentative de conciliation entre les deux opinions opposées (*Traité*, t. II, pp. 189 et suiv.).

[2] Encore en matière de tutelle cette incapacité qui se ressent par trop du caractère de *munus civile* de la tutelle romaine est-elle fort atténuée et ne frappe-t-elle plus les proches parents du mineur. Cf. Nancy, 29 octobre 1898 ; D., 1899-2-209. Montbéliard, 10 mars 1899 ; Cl., 99, p. 605, et aussi Cass., 16 février 1875 ; S., 75-1-193, avec la note de Labbé. Sur le principe lui-même, voir Cass., 11 juillet 1848, P. 1848-2-36. On peut remarquer encore, que pendant un certain temps la jurisprudence de la 4e chambre du Tribunal civil de la Seine a considéré le divorce comme un droit civil. Mais cette jurisprudence ne s'est pas maintenue.

thèque légale, d'usufruit légal, certains points où s'affirme en fait le libéralisme plus grand du système de la doctrine. Il faut observer en outre que les textes ne laissent subsister que fort peu d'inégalités entre le Français et l'étranger depuis l'abrogation des art. 726 et 912 par la loi du 14 juillet 1819. En dehors de l'infériorité résultant de l'art. 2 de la loi du 14 juillet 1819, on cite l'impossibilité d'obtenir la cession de biens, le défaut de droit aux affouages. On peut y joindre peut-être l'absence de certains droits ayant le caractère de faveurs, compris dans la législation ouvrière[1]. Il n'y a pas d'autres différences

[1] Ce point sera, on peut le prévoir, celui où l'assimilation de l'étranger au national sera, de nos jours, plus difficile à établir, soit parce que le travail national demande parfois à être protégé contre le travail étranger, soit surtout parce que les inégalités de cette sorte fournissent une excellente plate-forme électorale à des politiciens avides du pouvoir. Nos lois actuelles sur la déclaration de résidence des étrangers n'ont été écrites que comme mesures de police (décret du 2 octobre 1888 et loi du 8 août 1893), elles ne touchent, pour ainsi dire, pas le fond du droit. L'art. 1er, § 2, de la loi du 2 novembre 1892 sur le travail des enfants, des filles mineures et des femmes dans les établissements industriels, applique expressément aux étrangers les dispositions de cette loi (dont le caractère de loi d'ordre public n'est pas contestable). La loi du 27 décembre 1892, art. 15, exclut les étrangers des fonctions d'arbitres et de délégués dans les contestations entre patrons et ouvriers. D'après la loi du 22 mars 1884, les étrangers peuvent faire partie de syndicats professionnels, mais n'y exerceront pas les fonctions d'administrateur ou de directeur; pour les sociétés de secours mutuels la situation est la même en vertu de la loi du 1er avril 1898, art. 3. La loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail (art. 3) protège les ouvriers étrangers, mais parfois dans une mesure moindre que les ouvriers français (cf. Trib. de Narbonne, 8 nov. 1900, Cl. 1901, p. 108; Trib. Seine, 7 nov. 1900, Cl. 1901, p. 111 et la note ; Paris, 16 mars 1901, Cl. 1901, p. 510 ; Trib. de Nice, 26 déc. 1900, Cl. *id.*, p. 524 ; Douai, 14 nov. 1900, Cl., *id.*, p. 526; Toulouse, 7 août 1901, Cl. 1902, p. 99). Ces textes soulèvent une question fort intéressante : les inégalités qu'ils consacrent sont-elles de nature à disparaître par l'influence d'un traité stipulant l'égalité entre les sujets des H. P. C. au point de vue de l'industrie et du travail ? La question est délicate. Il paraît assez raisonnable de la résoudre par une distinction entre les droits purement pécuniaires qui subissent, sans aucun doute, l'influence des traités, et ceux qui ont une certaine couleur politique et doivent, pour cette raison, demeurer propres aux Français. Une question douteuse, et qui n'est pas sans analogie avec les précédentes, s'est élevée sur le point de savoir si les étrangers sont soumis à la loi

entre eux et l'on peut dire que la législation française est très favorable à l'idée de l'égalité du national et de l'étranger en matière extrajudiciaire au moins. Cet esprit a été très sensible dans la législation postérieure au code civil. Toutes les fois qu'un droit nouveau a été institué, il a été étendu aux étrangers, ou purement et simplement, ou sous des conditions très faciles à remplir [1].

91) Cependant il y a mieux encore et l'étranger, admis à fixer son domicile en France par l'autorisation du Président de la République, jouit de tous les droits civils dont jouit le Français lui-même. Cette autorisation a été instituée au profit de l'étranger désireux d'acquérir notre nationalité par naturalisation ; on a voulu lui faciliter l'accès de la qualité de Français, en effaçant provisoirement à son profit les dernières inégalités qui séparent le Français de l'étranger dans l'ordre des droits privés. Seuls, les droits politiques manquent à cet étranger, il ne les obtiendra que lorsque, les conditions requises ayant été satisfaites, un décret de naturalisation aura été rendu en sa faveur.

L'étranger domicilié avec autorisation jouit-il de tous les droits privés que possède le Français ? L'article 13 paraît bien le dire, mais ce que la loi a fait, la loi peut le défaire, et lorsqu'il paraît avoir été de l'intention du législateur de faire de certains droits de véritables privilèges organisés au profit du seul Français, l'interprète, en dépit de l'article 13, les refuse à l'étranger. Au moins, faut-il exiger que l'exclusion de ce dernier ait été certainement dans la pensée de la loi. C'est un point à examiner à propos de chaque question qui se présente [2].

du 28 mars 1882 sur l'instruction primaire. V., à ce sujet, Cl. 1901, pp. 91 et suiv.

[1] V., par exemple, Banque de France, décret du 16 janvier 1808, art. 3 ; mines, loi du 21 avril 1810, art. 13 ; propriété littéraire, loi du 5 février 1840 et décret du 28 mars 1852 ; brevets d'invention, loi du 5 juillet 1844, art. 27 à 29 ; marques de fabrique, loi du 23 juin 1857, art. 5, etc.

[2] Sur la condition des étrangers autorisés, v. le *Répertoire général de droit français*, v° Étranger, n°s 135 et suiv.

92) Une question plus générale doit, ici, attirer notre attention. Lorsque nos lois accordent un droit à l'étranger — qu'il s'agisse de l'étranger autorisé à domicile de l'article 13, de celui qui peut invoquer les clauses d'un traité, ou simplement de l'étranger ordinaire dans la limite des droits qui lui sont reconnus, il n'importe — on doit se demander si ce droit est accordé purement et simplement à l'étranger, de telle sorte qu'un étranger quelconque puisse en jouir sans aucune condition, ou s'il ne faut pas que cet étranger soit investi de ce droit dans sa patrie pour pouvoir le réclamer en France. Peu de questions sont aussi délicates que celle-là et c'est bien à tort qu'elle a été négligée par les auteurs[1].

Malgré la ressemblance générale que présentent entre elles les diverses législations, il n'est pas difficile de trouver des exemples d'institutions juridiques, qui admises dans certains pays ont été, au contraire, proscrites dans d'autres pays. L'adoption, la reconnaissance d'enfant naturel, la légitimation admises et même encouragées chez nous sont proscrites en Angleterre. Le divorce est tantôt permis, tantôt défendu. La donation pour cause de mort, l'institution contractuelle, les hypothèques légales existent

[1] Notre collègue Weiss a aperçu cette question (*Traité théorique et pratique*, t. II, p. 180) qu'il résout en disant, que sauf les cas où l'ordre public est intéressé, l'étranger ne jouit, en France, que des droits à lui reconnus par sa propre législation. La solution ne nous paraît pas aussi simple qu'à lui. On observera que notre loi ne contient rien qui autorise une semblable restriction. On observera surtout, que l'admission de cette idée implique l'existence d'une obligation entre États quant à la condition de l'étranger, l'obligation de ne pas pousser à son égard la libéralité plus loin que ne le fait le législateur de ce propre étranger. Or cela ne se concilie pas très bien avec le principe premier adopté par M. Weiss (*id.*, p. 4). D'après lui l'État doit accorder à l'étranger la jouissance des droits naturels ; au delà il fait ce qu'il veut. Pas tout à fait, cependant, puisqu'il ne peut pas lui accorder un droit que son législateur national lui refuserait. De plus, l'idée d'ordre public est ici sensiblement trop étroite. Il n'importe nullement à l'ordre public français, que l'étranger puisse jouir en France de toutes les formes de propriété et de tous les droits réels reconnus par la loi : c'est cependant un droit qu'on ne lui refusera en aucun cas.

dans certains pays, n'existent pas dans d'autres. C'est sur ces différences entre législations qu'est fondée, comme on sait, la distinction jurisprudentielle entre le droit civil et le droit des gens. Un étranger, appartenant par sa nationalité à un pays où l'un quelconque de ces droits n'est pas organisé, en jouit-il dans un autre pays, parce qu'il y possède tous les droits des nationaux du pays et que ceux-ci sont appelés à bénéficier d'institutions de ce genre ? Il faut écarter d'abord le cas où la fraude à la loi est évidente. On admettra sans peine qu'un étranger ne pourra pas, au moyen d'un simple petit voyage, se procurer le bénéfice d'une faculté que son législateur national a résolu de lui refuser.

93) Mais ce cas exceptionnel étant écarté, la question apparaît extrêmement délicate. Examinons-la au point de vue des rapports des États entre eux. Envisagée sous cet aspect, la question revient à se demander jusqu'à quel point un État a qualité pour investir un étranger de droits que son législateur national n'a pas trouvé opportun d'organiser à son profit. Il semble très difficile de donner à une semblable question une réponse absolue. Affirmera-t-on que l'État n'a aucun compte à tenir des prescriptions de la loi nationale de l'étranger, on s'exposera alors à des contradictions peu compatibles avec le respect mutuel dû à la souveraineté des États. Dira-t-on, au contraire, que l'État devra, dans la réglementation des droits des étrangers, tenir en perpétuelle considération la loi du pays auquel ils appartiennent, on risquera de gêner beaucoup cet État et de diminuer sensiblement les avantages que ses sujets tirent du commerce international. Évidemment, un terme moyen doit être trouvé entre ces deux alternatives inacceptables l'une et l'autre. On serait assez volontiers porté à attacher de l'importance à cette circonstance, que le droit en question est ou n'est pas dans le domaine du statut personnel de l'intéressé. On dirait alors que c'est en vain que l'État accorderait à l'étranger un droit du res-

sort de son statut personnel et qui n'aurait pas trouvé place dans sa législation. Ce droit existerait au profit de l'étranger en apparence seulement, car en réalité il ne pourrait pas être exercé par défaut de législation compétente. Nous réprouverions cette façon de raisonner. Si le législateur français juge utile d'accorder à l'étranger la jouissance d'un certain droit, il faut qu'il lui en garantisse l'exercice. La loi étrangère qui était naturellement compétente en la matière faisant défaut, c'est la loi française qui prendra sa place. Sans doute cette solution entraîne une irrégularité, mais cette irrégularité nous paraît inévitable. Il est inadmissible que la loi qui concède un droit à une personne, ne lui fournisse pas aussi les moyens de l'exercer.

Une autre distinction est plus juste. Parmi les droits qu'un législateur peut accorder à des étrangers, il en est qui produisent tous leurs effets sur le territoire soumis aux commandements de ce législateur ; il en est d'autres qui projettent leurs effets au dehors. Il n'existe aucun obstacle, à ce que les premiers soient accordés à l'étranger sans considération pour sa législation nationale ; ils peuvent produire leur plein et entier effet sans troubler en rien l'autorité de la loi étrangère dans son domaine territorial. Pour les seconds il en est autrement, leur effet ne peut pas se produire, sans affecter la condition de personnes demeurées en dehors de l'acte générateur du droit, et sans porter atteinte à l'autorité de la loi étrangère à laquelle ces personnes sont soumises. Prenons pour exemple l'adoption. Un enfant adoptif ne peut pas acquérir des droits sur le patrimoine de l'adoptant, sans diminuer les droits des personnes éventuellement appelées à la succession de ce dernier et sans troubler l'autorité de la loi de ce dernier, à supposer que cette loi prohibe ce contrat. On objectera à la vérité, que l'adoption ainsi faite ne produira pas ses effets dans la patrie de l'adoptant. Cela seul est déjà malheureux, car on ne pourra pas ainsi constituer un droit internationalement valable ou, ce qui revient au même, arriver sur ce

point à une communauté de droit. Mais il y a plus. L'adoption sera tenue pour valable au moins dans le pays qui accorde à l'étranger le pouvoir de la réaliser; par suite, les intéressés ne pourront pas réclamer dans ce pays les droits qui leur appartiendraient, si cette adoption n'avait pas été faite. La légitime autorité de la loi étrangère subira un échec, les droits acquis sous la protection de cette loi perdront une part de leur effet et ce résultat n'échappera pas à la critique, car si libéral que puisse être un législateur à l'égard d'un étranger, on admettra difficilement qu'il le soit au point de modifier la situation de personnes, qui ne sont à aucun titre soumises à son autorité.

Résumons ces idées en disant qu'un étranger ne peut jouir en France des droits que le législateur français lui concède, qu'à la condition qu'il en jouisse aussi dans sa patrie. Il n'en pourrait être autrement que des droits dont l'effet est, par la force des choses, limité au territoire français et naturellement aussi de ceux dont l'exercice par l'étranger concernerait notre ordre public. Notre jurisprudence s'est appuyée sur cette dernière considération pour permettre au père naturel anglais de réaliser en France une légitimation que sa loi nationale lui interdit [1]. On considérera cette raison comme singulièrement exagérée. Les questions de légitimation concernant une famille anglaise intéressent l'Angleterre et non pas la France. En outre il n'appartient pas au législateur français d'apprendre à un père étranger quels sont ses droits et quels sont ses devoirs. C'est là l'affaire de son législateur national. En décidant comme elle l'a fait, notre Cour de cassation a modifié l'état d'une famille anglaise contrairement au vœu de la loi anglaise; il est permis de voir dans cette façon de faire un véritable excès de pouvoir.

[1] Cass., 23 nov. 1857, S., 58-1-293. Dans cette même matière de la légitimation, la jurisprudence ancienne a fait une meilleure application des principes en décidant qu'un Français ne peut pas se faire légitimer à l'étranger par rescrit du prince (Paris, 11 févr. 1808).

94) L'examen de la question ci-dessus traitée nous conduit ainsi à poser une nouvelle limite, d'une portée toute générale, au libre arbitre du législateur, en ce qui concerne les droits des étrangers. Même dans l'espace compris entre le maximum et le minimum précédemment fixés on ne peut accorder aux étrangers, que les droits dont ils jouissent dans leur propre pays, à moins que le droit dont il s'agit ne soit pas susceptible de produire un effet hors du territoire, ou qu'il ne soit d'une importance telle que l'on puisse considérer l'ordre public comme intéressé à la jouissance de l'étranger.

Les droits de l'étranger en France sont donc, à notre avis, identiques à ceux du Français, sauf les exceptions prévues par la loi. Mais en principe et réserve faite des exceptions indiquées ci-dessus, l'étranger n'est admis à jouir en France des droits à lui accordés par la loi, qu'à la condition que ces droits lui appartiennent dans sa patrie. Cette loi s'applique également et à l'étranger ordinaire, et à celui qui bénéficie d'une autorisation à domicile, et à celui qui peut invoquer les dispositions d'un traité international.

95) Une autre question inverse de celle que nous venons de discuter doit aussi être prévue. Un étranger peut-il réclamer dans un pays un droit à lui appartenant d'après sa législation nationale, mais que la loi locale n'a pas organisé au profit des citoyens de l'État ? Cette question est moins pratique que la précédente. Le plus souvent ce sont des raisons majeures qui empêchent un État de donner accès dans sa législation à des droits existant dans d'autres pays. Il ne souffrira pas alors que les prétentions émises par un étranger viennent troubler un ordre juridique qu'il regarde comme indispensable à la sûreté de l'État et qu'aucun principe de droit international ne peut l'obliger à accueillir. Cependant cette raison péremptoire de décision n'existe pas toujours et, lorsqu'elle n'existe pas, on peut se demander si l'exclusion des nationaux de la jouissance d'un certain droit est une raison suffisante de l'exclusion des étrangers.

La question se pose pour le divorce que certains pays repoussent, tandis que d'autres l'admettent. Un étranger auquel le divorce est permis d'après sa loi nationale peut-il divorcer dans un pays où le divorce est interdit? Aussi longtemps que la loi française a repoussé le divorce, notre jurisprudence a refusé aux étrangers le droit de divorcer chez nous. En même temps la jurisprudence (depuis 1860) [1] permettait à un étranger de se prévaloir en France des effets d'un divorce obtenu à l'étranger. Il y avait là une certaine inconséquence. Puisque les juges ne pensaient pas que les conséquences du divorce d'un étranger eussent rien de contraire à l'ordre public français, on n'aperçoit pas bien clairement pourquoi ils s'obstinaient à refuser de prononcer ce divorce. Notre jurisprudence avait cependant une raison. Dans les pays où le divorce est admis il fait l'objet d'une procédure particulière : les intérêts liés à l'existence d'un mariage sont si grands, que la procédure ordinaire ne paraît pas suffisante à les garantir. En fait jusqu'en 1816 le divorce avait, en France, des formes particulières : il en est de même depuis qu'il est rétabli. On pouvait donc dire que dans l'intervalle de ces deux dates un divorce ne pouvait pas être prononcé chez nous au profit d'étrangers, faute d'une procédure appropriée à cet objet. Ce n'était pas la raison donnée dans les arrêts, mais c'était celle qui pouvait, à notre avis, justifier leur décision.

La jurisprudence italienne a été plus audacieuse; à plusieurs reprises elle a prononcé le divorce d'étrangers, bien que ce mode de dissolution du mariage ne soit pas reçu en Italie [2].

[1] Ce fut l'objet du célèbre arrêt de Cass., 28 février 1860, S., 60-1-210, rendu sur les conclusions conformes du procureur général Dupin. Cette jurisprudence n'alla, du reste, jamais jusqu'à permettre en France les actes d'exécution accomplis en vertu d'un jugement de divorce rendu à l'étranger (v. Vincent et Pénaud, *Dictionnaire de droit international privé*, v° Séparation, n°° 73 et suiv.) ; elle se contentait de considérer les divorcés comme non mariés et leur permettait de contracter en France une nouvelle union.

[2] V. Milan, 2 juin 1897, Cl. 99, p. 409 ; Gênes, 7 juin 1894, Cl. 98, p. 412;

Il semble bien que l'on n'est pas en droit d'affirmer, que les étrangers peuvent, dans certains cas, jouir dans un pays d'un droit qui n'est pas ouvert aux nationaux. Ces cas seront rares, mais l'admission de cette idée permettra de juger plus sainement certaines questions décidées un peu à la légère par la doctrine et par la pratique. C'est ainsi que nous considérons comme très discutable l'affirmation courante, suivant laquelle des étrangers ne peuvent faire chez nous une substitution fidéicommissaire valable. Pour qu'elle fût juste, il faudrait prouver que l'immobilisation partielle qui en résulte est contraire à notre ordre public. Cela est possible, mais cela n'est pas évident. Bien loin de là. Nous retrouverons cette difficulté au moment où nous nous occuperons des lois d'ordre public.

96) Dans le domaine des droits civils, la différence est donc assez peu marquée entre le national et l'étranger par notre législation française : il en est autrement lorsque l'on passe dans le ressort de l'administration de la justice. A ce point de vue la situation de l'étranger demeure très sensiblement inférieure à celle du Français. Examinons successivement les points où éclate cette différence :

Contrà Cass. Turin, 21 nov. 1900, Cl. 1901, p. 392, note de M. Chrétien. Il est vrai que dans ce dernier arrêt il s'agissait d'Italiens qui s'étaient fait naturaliser étrangers afin de pouvoir divorcer. La conférence de La Haye de 1900 (Lainé, dans Cl. 1901, pp. 231 et suiv.) a admis, contrairement à l'opinion énoncée au texte, que des époux ne peuvent demander le divorce qu'autant qu'il est admis à la fois par leur statut personnel et par la loi du lieu où leur demande se produit. Il en sera de même de la séparation de corps. De cette dernière solution il résulte, que des époux à qui leur loi nationale donne le choix entre le divorce et la séparation de corps, perdront cette option s'ils se voient obligés d'intenter leur action dans un pays dont la législation reconnaît le seul divorce. Un époux catholique se trouvera ainsi dans l'alternative de renoncer à faire valoir ses droits ou de solliciter un divorce que sa loi religieuse lui interdit. La règle posée est mauvaise, en opposition avec le principe de la liberté de conscience. Elle est, de plus, peu justifiable pratiquement, car rien ne s'oppose à ce que le tribunal saisi applique la procédure du divorce à une simple demande en séparation de corps.

ils se rapportent soit à l'administration de la justice, soit à la compétence[1].

97) L'étranger demandeur dans un litige contre un Français doit fournir la caution *judicatum solvi*. Cette garantie, qui n'a de romain que le nom, est destinée à éviter que des étrangers, ne possédant aucuns biens en France, n'intentent contre des Français des poursuites légères et vexatoires, précisément parce qu'il n'existe pas dans ce cas de bon moyen de leur faire supporter le poids de leur témérité. La caution répondra des frais faits par le Français défendeur, si finalement ils tombent à la charge du demandeur, elle répondra également des dommages auxquels le demandeur pourra être condamné envers la partie adverse. On sait que la caution *judicatum solvi* n'est exigée que de l'étranger demandeur, la défense devant rester libre, et qu'il est parfois difficile de savoir ce que l'on doit entendre par étranger demandeur. Ce sont là des points d'interprétation auxquels nous ne nous arrêterons pas.

De toutes les inégalités maintenues entre la condition de l'étranger et celle du national, il semble que l'obligation de fournir la caution *judicatum solvi* soit celle qui se comprend le mieux. Elle n'implique nullement une défaveur attachée au titre d'étranger : elle se justifie par les seules circonstances, par ce fait qu'un homme sujet d'une autre souveraineté, sans attaches et sans biens dans le pays, trouve des facilités particulières à esquiver la responsabilité que la loi attache aux poursuites téméraires. Et cependant, il est dur de penser que la pauvreté puisse devenir une raison qui empêche l'étranger de poursuivre son droit en France, faute par lui d'être à même de fournir les sûretés qui lui sont demandées. Les conventions réciproques

[1] Cette inégalité tend à s'atténuer par l'effet des conventions internationales. La plus importante à ce point de vue est la convention franco-belge du 8 juillet 1899. Elle a été bien analysée par M. Bernard dans Cl. 1900, p. 940, et 1901, p. 324.

d'assistance judiciaire contiennent dispense de fournir la caution pour les personnes appelées à bénéficier de leurs dispositions, mais ces conventions sont rares et insuffisantes; elles ne peuvent que pallier le mal[1].

La caution *judicatum solvi* a eu dans notre législation une fortune très diverse. Après avoir été, pendant le XIXe siècle presque entier limitée aux seules matières civiles, par une loi encore récente (loi du 5 mars 1895), elle s'est vue appliquée aux matières de commerce. Cette réforme était à peine faite, qu'une convention issue de la conférence de La Haye la supprimait, accordant en retour l'exequatur sans revision aux condamnations prononcées contre le demandeur étranger[2]. La France ayant été partie à ces conventions, la caution *judicatum solvi* ne peut plus être exigée chez nous que des nationaux de pays demeurés eux-mêmes étrangers à ces traités.

98) Ce n'est pas encore sur ce point que se révèle plus nettement l'inégalité mise par la loi française entre l'étranger et le national. La matière de la compétence nous en offre un exemple plus frappant encore. L'infériorité est ici flagrante. Défendeur ou demandeur contre un Français, l'étranger sera jugé par les tribunaux français (art. 14 et

[1] V., par exemple, la convention franco-italienne du 19 février 1870 (de Clercq, t. X, p. 337), sur le modèle de laquelle beaucoup de conventions ultérieures ont été faites. Les personnes qui en bénéficient sont dispensées de toute caution ou dépôt qui peut être exigé des étrangers plaidant contre les nationaux ; ils ne seraient pas exemptés des garanties qui peuvent être requises des nationaux eux-mêmes. Ces stipulations paraissent être du nombre de celles auxquelles s'applique la clause de la nation la plus favorisée, lorsqu'elle n'a pas un objet purement commercial.

[2] Convention de La Haye du 14 nov. 1896 (de Clercq, t. XX, p. 642) entre la Belgique, l'Espagne, la France, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal et la Suisse. L'Allemagne, l'Autriche, le Danemark, la Roumanie, la Russie, la Suède et la Norvège ont adhéré à cette convention. Les art. 11 à 13 de cette convention suppriment la caution *judicatum solvi* dans les rapports des pays contractants. Ils assurent l'exécution aux condamnations aux frais et dépens sur le territoire de l'un quelconque des États signataires, sur la simple vérification de l'authenticité de la décision et sur la preuve de son autorité de chose jugée.

15) ; engagé dans une contestation avec un autre étranger, il se verra refuser l'accès des tribunaux français par une jurisprudence ancienne et constante.

La règle *actor sequitur forum rei* compte parmi les plus anciennes du droit, c'est la plus vieille règle de compétence connue. Elle correspond à une idée de justice tout à fait élémentaire. Le créancier, qui prétend exiger de son débiteur une prestation que celui-ci lui refuse, trouble ainsi par son action l'état de paix et d'indépendance mutuelle existant entre eux ; il doit actionner ce débiteur devant son juge naturel, le juge du domicile de ce débiteur. Cela est doublement juste. Il est juste que celui que l'on prétend assujettir à une obligation qu'il discute, bénéficie de la protection de sa juridiction personnelle, il est juste aussi que le créancier, qui a eu foi dans son débiteur, soit astreint au déplacement que cause la nécessité de l'assigner au loin, dans un pays étranger. Cependant l'art. 14 du code civil permet au créancier français de poursuivre son prétendu débiteur étranger devant les tribunaux français, de lui imposer par conséquent les frais et l'incommodité d'un procès suivi loin de son domicile, les risques d'une instance jugée par un tribunal avec les usages duquel il est peu familier. Cette disposition procède évidemment d'un esprit de défiance très marqué envers les législations étrangères. Loin de tendre à limiter dans les bornes les plus strictes l'application de l'art. 14, la jurisprudence, faisant par rapport à la loi acte de courtisan bien plus que de serviteur, a étendu dans la mesure du possible l'application du principe. C'est ainsi qu'elle n'a pas hésité à l'étendre à des obligations qui n'ont rien de contractuel, bien que le mot de contrat figure à l'art. 14, et qu'elle a négligé de tenir compte de la relation, qui paraît bien résulter du texte, entre le droit consacré par l'article et la nationalité du créancier, au moment de la formation de l'obligation. L'hypothèse d'une cession de créance par endossement a fourni à notre jurisprudence une autre occasion d'affirmer les mêmes tendances. La jurisprudence va même jusqu'à reconnaître

ce droit au Français domicilié en pays étranger, dans le pays où réside son débiteur, et il faut bien avouer, que quelle que soit la généralité de l'art. 14, le droit d'évocation accordé dans de telles circonstances au demandeur frise l'absurdité[1].

C'est un vrai privilège que la loi accorde là au Français, privilège auquel il lui est permis de renoncer expressément ou tacitement, ce qui prouve bien que nulle raison d'ordre supérieur n'a dicté au législateur cette exception.

L'effet de cette règle s'est révélé en tous points mauvais. Les jugements français, rendus sur le fondement de la compétence établie par l'art. 14, ne reçoivent jamais leur exécution à l'étranger : à l'égard d'un étranger qui ne possède pas de biens en France, l'article est inutile et ne dispense pas de l'obligation de recommencer le procès à l'étranger. De plus, par un juste retour des choses, la mesure prise par le législateur français a provoqué de la part de certains États étrangers des mesures de rétorsion, qui ont pour effet d'y soumettre les Français défendeurs à la compétence des juges locaux, alors que les étrangers non Français continuent à y bénéficier de la maxime *actor sequitur forum rei*[2]. Il faut noter enfin qu'au point de vue économique, les privilèges de cette sorte ne manquent pas de se retourner contre la nation qui les a imprudemment inscrits dans le corps de ses lois. Les

[1] Cf. le *Répertoire général du droit français*, v° Étranger, n°s 655 et suiv. La tendance qui a inspiré à nos magistrats cette jurisprudence extensive peut être rapprochée de celle, qui les porte à multiplier plus que de raison les cas d'application de la loi française dans la solution des conflits. L'une et l'autre sont mauvaises, mais intelligibles chez des praticiens qui n'ont à décider que dans des cas relativement rares des questions internationales.

[2] Telle est la disposition de l'art. 105 du code civil italien (Cf. Cass. Palerme, 4 avril 1893, Cl. 94, p. 1081) et, en Belgique, celle de la loi du 25 mars 1876, art. 52 à 54. En Allemagne (loi d'introduction au code civil, § 31), le chancelier peut, avec l'assentiment du Conseil fédéral, prendre, en pareil cas, des mesures de rétorsion. A Monaco, l'art. 5 c. pr. civ. a une disposition analogue.

étrangers particuliers ou sociétés hésiteront à acquérir des biens dans un pays, où ces biens peuvent servir de gages à des jugements rendus contrairement aux lois les plus élémentaires de la compétence. On ne pourra se préserver de ce dommage que par des clauses de renonciation au bénéfice de l'art. 14, insérées dans les actes que l'on passera avec les Français, encore sera-t-il fort malaisé de faire ces clauses assez compréhensives et assez parfaites pour embrasser tous les rapports d'obligation qui pourront se présenter.

Au point de vue des rapports des nations entre elles, la règle de l'art. 14 est certainement mauvaise et contraire aux devoirs internationaux. Il est vrai que les conflits sur la compétence n'obéissent pas à des règles aussi nettes et aussi précises que les conflits de lois civiles en général. Ces règles sont en relation étroite avec les principes de l'organisation politique et administrative de l'État, et des raisons d'ordre public s'opposent à ce que l'on puisse admettre sur ce point l'autorité des lois étrangères. Il faut cependant qu'une certaine correspondance soit établie entre les lois des divers pays, pour que l'administration de la justice s'opère régulièrement dans les relations internationales et qu'aucune injustice notable ne soit commise au détriment de personne. Il faut, en particulier, que les grandes règles attributives de juridiction soient admises au profit des étrangers, comme elles le sont au profit des nationaux. Une longue expérience a prouvé la sagesse de ces règles et leur nécessité : elles représentent véritablement la justice et il y aurait iniquité notoire à s'en écarter sans raison tout à fait décisive. Aucune raison de cette force ne peut être alléguée en faveur de la disposition de l'art. 14. Ce qui prouve que cette disposition est purement arbitraire et ne repose sur aucun motif d'ordre public, c'est que le particulier auquel elle profite peut y renoncer. Cette renonciation ne serait pas admise, si l'État était intéressé à son maintien. Le plaideur français pouvant y renoncer, le législateur français devrait y renoncer lui-même, car il y a

injustice à priver sans motifs un plaideur d'une des garanties primordiales que la loi lui reconnaît.

99) La règle posée par l'art. 15, portant qu'un Français pourra être poursuivi en France pour des obligations contractées à l'étranger même avec un étranger, paraît au contraire rentrer dans les principes généraux de la compétence : elle n'en constitue pas moins elle aussi une exception et cela à un double titre. Les rédacteurs du code civil, en donnant au demandeur la faculté de poursuivre en France le Français défendeur, ne parlent pas seulement du Français domicilié en France, ce qui serait la pure et simple application de la maxime *actor sequitur forum rei*, mais d'un Français quelconque, même domicilié à l'étranger, auquel cas l'article apporte à cette maxime une dérogation. Le véritable caractère de l'art. 15 nous est donné par l'interprétation à laquelle la jurisprudence s'est fixée. Le texte paraît indicatif d'une simple faculté, d'une compétence exceptionnelle qui se superposerait à la compétence ordinaire sans nuire à celle-ci, les tribunaux en ont fait une véritable obligation. La loi dit que le Français peut être poursuivi en France, l'interprète enseigne qu'il doit être poursuivi en France, entendant cette faculté comme un privilège accordé au Français défendeur de n'être jamais condamné que par un tribunal français [1]. On voit de suite l'embarras qui en résulte pour l'étranger demandeur. A moins d'une renonciation volontairement faite par son adversaire au privilège que la loi lui accorde, il ne pourra faire valoir la créance qu'il possède contre le Français, qu'à charge de le poursuivre en France, alors même que le Français est domicilié à l'étranger, que l'obligation y est née, qu'elle a été soumise par la volonté des parties

[1] Paris, 4 janvier 1856, S., 56-2-170 ; Douai, 3 août 1858, avec la note de M. Le Gentil, S., 58-2-514 ; Poitiers, 29 décembre 1874, Cl. 1875, p. 441 ; Paris, 28 janvier 1885, Cl. 1885, p. 539, et la note sous le jugement de première instance, Cl. 1882, p. 308.

à l'autorité de la loi étrangère. Voici encore un détour de juridiction fort incommode. Mais il y a plus. A côté de la règle qui donne compétence au tribunal du défendeur, toutes les législations admettent un certain nombre de dérogations ayant cette utilité de réunir devant un même tribunal un certain nombre de personnes, ayant des intérêts communs dans une même affaire. Les principales existent en matière de succession et de faillite. Ces compétences exceptionnelles ne produiront pas leur effet dans les affaires où un Français se trouvera impliqué à l'étranger, et force sera aux intéressés de demander aux tribunaux français la sanction des obligations, auxquelles leur coïntéressé français peut être tenu.

Cette nouvelle exception ne laisse pas d'être gênante dans certains cas. On ne la comparera cependant pas à la première. Dans l'hypothèse de l'art. 15 le Français est défendeur. On comprend dès lors assez bien, que son législateur national le prenne sous sa protection et pour lui éviter des condamnations, que sa qualité d'étranger rendrait peut-être plus faciles ou plus rigoureuses, prescrive qu'il ne pourra être condamné que par un tribunal français. En fait une précaution de ce genre n'est pas inutile : il faut reconnaître pourtant qu'elle ne tient pas un compte suffisant du besoin de justice, qui est intimement lié à la pratique du commerce international.

100) La dernière exception, à laquelle nous arrivons maintenant, est de toutes la plus considérable et celle qui heurte davantage les idées élémentaires de justice et les principes sur lesquels repose toute société de civilisés. Les tribunaux français reconnaissent qu'ils sont incompétents dans les litiges entre étrangers. Cette règle, remarquons-le d'abord, n'est point inscrite dans nos lois de procédure, elle n'appartient même pas à la jurisprudence la plus ancienne [1], mais depuis bon nombre d'années on la trouve

[1] Pendant la première moitié du XIX[e] siècle la jurisprudence n'était pas absolue, comme elle l'est devenue depuis. Les arrêts, bien que re-

régulièrement proclamée dans les sentences de nos tribunaux. La raison serait, d'après eux, que la justice française est faite pour les Français et non point pour les étrangers. Pour ces derniers elle ne serait un droit, qu'autant qu'ils auraient une contestation avec un Français.

A cette raison de principe les magistrats en ajoutent parfois une autre, disant que les tribunaux français ont été établis pour appliquer les lois françaises et non pas les lois étrangères ; mais cette dernière raison, qui n'a que peu de chose à faire avec la question, est si faible que nous ne lui opposerons pas de réfutation. Pour la première, c'est autre chose. Cette façon de raisonner nous offre l'exemple frappant d'une erreur assez familière aux praticiens. Elle naît de leur obstination à vouloir décider les questions internationales à un point de vue rigoureusement et étroitement national. Si la France était la seule nation civilisée du monde, si elle n'entretenait aucuns rapports avec les nations étrangères, et ne recevait leurs sujets sur son territoire que par pure courtoisie, elle pourrait sans déraison maintenir ce principe que ses tribunaux ne doivent la justice qu'à ses nationaux et non pas aux étrangers. Agir ainsi serait d'une politique sans doute peu éclairée, mais enfin ce ne serait pas absurde. Dans l'état actuel des choses ce même principe n'est rien moins qu'une inconséquence et une absurdité. Les étrangers viennent chez nous, non pas en vertu d'une tolérance, mais par suite de ce droit au commerce international qui existe entre nations égales

connaissant en principe la règle de l'incompétence, la faisaient céder assez facilement, lorsqu'il s'agissait d'étrangers résidant en France depuis un certain nombre d'années, ou d'obligations contractées sur le sol français (cf. Trèves, 18 mars 1807 ; Pau, 3 déc. 1836, S., 37-2-363 ; Caen, 5 janvier 1846. S., 47-2-456). Comme jurisprudence récente sur la question, v. notre note sous Paris, 5 décembre 1890 et 18 mai 1892, S., 92-2-233, et Lille, 25 avril 1895, Cl. 96, p. 599 ; Trib. Seine, 15 sept. 1899, Cl. 1901, p. 543, et Paris, 18 février 1902, Cl. 1902, p. 573. Cette jurisprudence reçoit, comme nous l'indiquerons plus loin, de notables exceptions, particulièrement en vertu de traités diplomatiques (v., par exemple, la convention franco-belge du 8 juillet 1899, art. 1er).

et cette jurisprudence prétend leur refuser le premier de tous les droits, celui sans lequel tous les autres droits sont comme s'ils n'existaient pas, le droit de demander justice aux tribunaux. Le code civil accorde aux étrangers quantité de droits sur le territoire français. Ils sont à cet égard à peu près aussi bien traités que les Français, mais ces droits ne leur appartiennent que s'ils ne leur sont pas contestés. Dans le cas contraire, l'accès de nos tribunaux leur est fermé. On aperçoit l'inconséquence. C'est en vain que pour la pallier, on dirait avec les arrêts, que la justice française n'a été organisée que pour les Français. L'État doit la justice à tous ceux qui ont le droit de vivre en France sous l'empire des lois, d'y posséder des biens, d'y nouer des rapports juridiques, et ces droits appartiennent incontestablement aux étrangers. Sans justice, aucune sécurité, aucune garantie. Est-ce là la condition que l'on prétend faire aux étrangers ?

Le vice de ce principe a du reste éclaté dans sa mise en œuvre, et les tribunaux ont été amenés à le restreindre par une foule d'exceptions, qui ne laissent que fort peu de place à la règle à laquelle elles dérogent, exceptions relatives au commerce, aux matières d'ordre public ou simplement aux matières urgentes, aux demandes incidentes ou en intervention ou en garantie (sauf controverse), exception profitant aux étrangers domiciliés ou pouvant se réclamer de traités diplomatiques. Il en est de cette incompétence à l'heure actuelle, comme il en était au XVIII[e] siècle du droit d'aubaine. Bien que le principe en fût maintenu, il souffrait de si nombreuses exceptions que son application ne se faisait presque plus. Dans une seule matière, la règle de l'incompétence a gardé une certaine valeur, celle des questions d'état. Il est en effet assez naturel que les procès relatifs à l'état des personnes soient jugés par les tribunaux du pays auquel les plaideurs appartiennent. Encore faut-il remarquer que, par une dernière exception très justifiée, les juges français se déclarent compétents même en matière d'état, lorsque les étrangers parties à

l'instance ne trouveraient pas à l'étranger de tribunaux consentant à connaître de leur litige. On peut dire que le principe de la jurisprudence française ne peut se soutenir que par le nombre toujours croissant des exceptions qu'il admet[1].

Une autre particularité doit encore être notée au sujet de ce principe. A entendre les raisons sur lesquelles on l'appuie, il semble ne pouvoir souffrir aucun tempérament. S'il est vrai qu'il repose sur ce que les tribunaux français ont été institués pour juger les Français et non pas les étrangers, il ne saurait appartenir aux parties de renoncer à une exception d'incompétence qui est de droit public, il ne saurait davantage appartenir aux juges de se déclarer compétents ou incompétents à leur gré. Le sens de leur institution leur commande de ne pas juger. Telles sont les conséquences logiques du principe et ce sont les conséquences inverses que la jurisprudence admet. Le défendeur, qui a renoncé à l'exception ou qui a simplement omis de s'en prévaloir *in limine litis,* ne serait pas reçu à l'invoquer ultérieurement. Quant au tribunal, obligé de s'abstenir lorsque l'exception est opposée en temps utile, il recouvre toute sa liberté dans le cas contraire et peut, suivant qu'il lui paraît bon, retenir l'affaire ou s'en dessaisir. On applique ainsi à la matière le droit propre à la simple

[1] V. les excellentes observations de notre collègue Audinet dans le *Répertoire général du droit français,* v° Étrangers, n°° 868 et suiv., et notre note sous Paris, 18 mai 1892, S., 1892-2-233. A notre avis, le point de départ de l'erreur commise par la jurisprudence française est dû à la doctrine qui, par une réminiscence romaine, fait de la faculté d'ester en justice quelque chose de distinct des droits que l'on vient y réclamer. C'est en se plaçant à ce point de vue que l'on voit, en principe, dans le droit d'ester en justice un droit purement civil et accessible aux seuls nationaux. Il y a là une superfétation dangereuse. Le droit d'ester en justice est le complément indispensable de tout droit accordé à une personne, et il ne lui donne rien qui ne soit déjà dans le droit concédé. C'est le droit porté en justice, le droit considéré dans une des phases de son existence et rien de plus. On remarquera qu'en Angleterre les étrangers sont assimilés aux nationaux, en ce qui concerne la juridiction des tribunaux.

incompétence *ratione personæ*. On pensera avec raison, que c'est traiter bien cavalièrement une exception qui prétend avoir ses racines dans les premiers principes de notre organisation judiciaire.

Une jurisprudence plus éclairée se serait épargné ces inconséquences. Il aurait suffi pour cela de s'inspirer des règles suivies dans certains pays étrangers. Quoi qu'il en soit, concluons sur cette idée qu'un État ne pourrait pas interdire à ses tribunaux de connaître des causes concernant les étrangers, sans manquer à ses obligations internationales les plus précises et les plus certaines. Refuser aux étrangers l'accès de la justice équivaut en réalité à les priver de tout droit, car il est de l'essence du droit de comprendre le pouvoir de s'adresser, le cas échéant, aux tribunaux pour briser les résistances que peut rencontrer sa mise en œuvre. Ce serait donc mettre les étrangers hors la loi, leur interdire toute activité productive, les priver de la garantie de leurs biens les plus chers. Quelle nation souffrirait que l'on en usât ainsi à l'égard de ses nationaux? La jurisprudence française a évité ces conséquences extrêmes par les restrictions nombreuses dont elle a entouré son principe : cet étrange *modus vivendi* ne doit pas nous empêcher de déclarer, que c'est le principe même qui est en faute, qu'il n'existe pas de droit international où il ait sa place.

101) Quel principe devrait donc être adopté? Les lois sur la compétence ont ceci d'embarrassant qu'étant en union intime avec l'organisation judiciaire de chaque État, elles exercent une autorité exclusive sur le territoire de l'État où elles sont en vigueur. Les règles en question sont combinées de façon à assurer dans l'État une administration de la justice aussi parfaite que possible. Qu'il s'agisse d'étrangers ou de nationaux, cette raison garde la même valeur et un justiciable ne pourrait alléguer sa qualité d'étranger, pour prétendre que la justice qui lui convient est celle que déterminent les règles de compétence en usage

dans son propre pays. Ce ne sont donc pas les règles propres aux conflits qui peuvent s'appliquer en pareille matière. Fort heureusement tous les pays reconnaissent l'autorité de certains grands principes, forts de la double autorité de la tradition et d'une justice évidente. La compétence du *forum rei sitæ* en matière immobilière et la règle *actor sequitur forum rei* en matière personnelle possèdent cette autorité. En tout pays elles s'appliquent aux contestations que les nationaux ont entre eux : pourquoi ne seraient-elles pas appliquées aussi aux litiges concernant les étrangers?

L'idée prédominante à l'époque actuelle de l'égalité du national et de l'étranger voudrait cette assimilation et, remarquons-le, nulle part cette idée d'égalité n'est aussi fondée et aussi impérieuse qu'en cette matière. De bonnes raisons peuvent décider un législateur à maintenir une certaine différence entre l'étranger et le national en matière de droits civils : au contraire, aucune différence de ce genre ne saurait être faite quant à l'administration de la justice ou à la compétence, car ici toute différence signifie, que l'on entend distribuer aux étrangers une justice moins commode, moins sûre, moins parfaite que celle dont jouissent les nationaux ; en d'autres termes, que l'on se résigne par avance à ce que les étrangers soient plus exposés que les nationaux à souffrir de l'injustice : c'est une idée qu'aucune conception politique, qu'aucune théorie juridique ne saurait faire accepter. Aussi faut-il condamner sans hésitation les dispositions du code civil sur ce point ; elles procèdent d'une doctrine injuste et inavouable. La moins mauvaise de toutes est encore cette exigence de la caution *judicatum solvi,* mesure prise au profit du défendeur et que justifient dans une certaine mesure les circonstances de fait ; par un hasard singulier c'est elle qui a été condamnée la première, alors que les dispositions des articles 14 et 15 demeurent encore intactes, quoique étant beaucoup plus sujettes à reproche.

En cette matière le meilleur parti et le plus juste consisterait à faire abstraction dans les questions de compétence de la nationalité des parties en cause, et de n'avoir qu'une seule série de règles de compétence applicables aux étrangers aussi bien qu'aux nationaux, comme cela a lieu par exemple entre Français et Suisses, par application du traité du 15 juin 1869. Tel serait le principe et, à notre avis, on devrait l'accepter non seulement quant aux grandes règles qui sont le fondement de la matière, mais aussi dans son application à ces compétences exceptionnelles, que la communauté d'intérêts et la nécessité d'une administration judiciaire simple et rapide ont fait admettre, comme en cas de pluralité de défendeurs, de garantie, de succession, de faillite. Dans ce système, l'État n'admettrait pas que la qualité de national pût constituer vis-à-vis de l'étranger la cause d'un privilège de juridiction; il admettrait moins encore que la nationalité étrangère pût être le prétexte d'un déni de justice. Les étrangers pourraient être attirés devant un certain tribunal français, lorsque des Français pourraient, eux-mêmes, y être cités; inversement les Français devraient aller porter leurs demandes à un for étranger aussi souvent qu'en France ils seraient obligés de s'adresser à cette même juridiction. Notre jurisprudence admettrait l'exception de litispendance, lorsque la cause présentée à leur barre serait déjà pendante devant un tribunal étranger compétent. Dans les instances en exequatur la compétence requise de la part de la juridiction étrangère serait appréciée comme le serait, à l'occasion, la compétence des tribunaux français par rapport aux étrangers.

Tels seraient les éléments d'un système vraiment juste et inspiré du principe nécessaire ici de l'égalité du national et de l'étranger. Pour fonctionner pleinement, ce système supposerait l'identité des lois de compétence des diverses nations. Le libéralisme de l'une serait alors compensé par le libéralisme de l'autre. Cet idéal est-il une chimère? nous ne le pensons pas. En fait les règles inté-

dans son propre pays. Ce ne sont donc pas les règles propres aux conflits qui peuvent s'appliquer en pareille matière. Fort heureusement tous les pays reconnaissent l'autorité de certains grands principes, forts de la double autorité de la tradition et d'une justice évidente. La compétence du *forum rei sitæ* en matière immobilière et la règle *actor sequitur forum rei* en matière personnelle possèdent cette autorité. En tout pays elles s'appliquent aux contestations que les nationaux ont entre eux : pourquoi ne seraient-elles pas appliquées aussi aux litiges concernant les étrangers?

L'idée prédominante à l'époque actuelle de l'égalité du national et de l'étranger voudrait cette assimilation et, remarquons-le, nulle part cette idée d'égalité n'est aussi fondée et aussi impérieuse qu'en cette matière. De bonnes raisons peuvent décider un législateur à maintenir une certaine différence entre l'étranger et le national en matière de droits civils : au contraire, aucune différence de ce genre ne saurait être faite quant à l'administration de la justice ou à la compétence, car ici toute différence signifie, que l'on entend distribuer aux étrangers une justice moins commode, moins sûre, moins parfaite que celle dont jouissent les nationaux ; en d'autres termes, que l'on se résigne par avance à ce que les étrangers soient plus exposés que les nationaux à souffrir de l'injustice : c'est une idée qu'aucune conception politique, qu'aucune théorie juridique ne saurait faire accepter. Aussi faut-il condamner sans hésitation les dis[illegible]itions du code civil sur ce point ; elles procèdent d'[illegible]octrine injuste et inavouable. La moins mauv[illegible]outes est encore cette exigence de la caution [illegible] *solvi*, mesure prise au profit du défendeur e[illegible]t dans une certaine mesure les circonsta[illegible] par un hasard singulier c'est elle qui a [illegible] la première, alors que les dispositions d[illegible] et 15 demeurent en[illegible] intactes, [illegible]aucoup plus sujettes [illegible]che.

En cette matière le meilleur parti et le plus juste consisterait à faire abstraction dans les questions de compétence de la nationalité des parties en cause, et de n'avoir qu'une seule série de règles de compétence applicables aux étrangers aussi bien qu'aux nationaux, comme cela a lieu par exemple entre Français et Suisses, par application du traité du 15 juin 1869. Tel serait le principe [illegible] notre avis, on devrait l'accepter non seulement quant aux grandes règles qui sont le fondement de la matière, mais aussi dans son application à ces compétences exceptionnelles, que la communauté d'intérêts et la nécessité [illegible] administration judiciaire simple et rapide ont [illegible] tre, comme en cas de pluralité de défendeurs, [illegible] de succession, de faillite. Dans ce système, [illegible] trait pas que la qualité de national pût [illegible] à-vis de l'étranger la cause d'un privilège [illegible] il admettrait moins encore que la [illegible] pût être le prétexte d'un déni de justice. [illegible] pourraient être attirés devant un certain [illegible] lorsque des Français pourraient, eux-mêmes, [illegible] inversement les Français devraient aller [illegible] mandes à un for étranger aussi souvent [illegible] seraient obligés de s'adresser à cette [illegible] Notre jurisprudence admettrait [illegible] dance, lorsque la cause présentée à [illegible] pendante devant un tribunal étranger [illegible] instances en exequatur la [illegible] de la juridiction étrangère serait [illegible] [illegible] l'occasion, la compétence [illegible] [illegible] aux étrangers.

[illegible] aient les éléments [illegible] p- [illegible] du principe [illegible] les [illegible] l'étranger. [illegible] ette [illegible] pposerait [illegible] orga- [illegible] nations. [illegible] ur les [illegible] par le [illegible] en ce [illegible] re ? nous [illegible] r sa per- [illegible] es que les [illegible] xpression loi [illegible] rritorialité des [illegible] s étrangers jouis- [illegible] tiques que les ci- [illegible] ranger est ou n'est

[illegible] 1, p. 1065) que la territorialité des [illegible] du droit international que la con- [illegible] On peut ajouter à cela que ce prin- [illegible] généralement le plus mal compris.

rieures de compétence sont très sensiblement les mêmes en tout pays, et s'il arrivait que certains États persistassent à ne dispenser aux étrangers qu'une justice inégale et boiteuse, de simples clauses de rétorsion ne tarderaient pas à les remettre dans la voie de la justice. Ce point est peut-être celui sur lequel l'égalité du national et de l'étranger serait la plus nécessaire et la plus facilement réalisable[1].

102) Nous devons envisager en dernier lieu la condition de l'étranger au point de vue des impôts dont il supporte le poids. Ce sujet est doublement intéressant. Les charges financières, auxquelles l'étranger est tenu dans un pays sont de nature à paralyser entre ses mains les avantages qu'il tire du commerce international, si leur exagération a pour effet de rendre le séjour dans le pays par trop oné-

[1] Cette matière de la juridiction soulève une question de droit conventionnel très pratique et très intéressante : dans quelle mesure les diverses inégalités maintenues entre le national et l'étranger sont-elles de nature à s'effacer sous l'influence des traités ? On comprend aisément qu'il n'y a pas là, comme en matière de droits politiques, de différence fatale et ineffaçable, les étrangers peuvent être sans inconvénient assimilés pleinement aux nationaux : il n'existe jamais, en la matière, que des questions d'interprétation. La clause de libre et facile accès devant les tribunaux est peut-être, dans les traités de commerce, la plus fréquente de toutes : elle y paraît très généralement accompagnée de la clause d'égalité avec les nationaux. Quelle est la signification de cette clause ? Elle devrait, à notre avis, supprimer toute différence entre les étrangers protégés par le traité et les Français, soit quant à la compétence, soit quant aux facilités de l'admission en justice. Mais notre jurisprudence est loin de l'interpréter dans un sens aussi large. Elle reconnaît, à la vérité, cet effet à certains traités : traités franco-espagnol du 7 janvier 1862, franco-suisse du 15 juin 1869, franco-serbe du 18 janvier 1883, franco-belge du 8 juillet 1899 (cf. Caen, 16 décembre 1884, Cl. 84, p. 544 ; Alger, 13 décembre 1892, S., 1892-2-152 ; Com. Seine, 5 novembre 1896, Cl. 97, p. 120), mais, en dehors de ces quelques exceptions, elle a coutume de donner à ces clauses une interprétation fort rigoureuse, peut-être pour éviter que la clause de la nation la plus favorisée n'aboutisse à supprimer en fait dans ce domaine toute différence entre étrangers et nationaux.

reux à l'étranger. A ce point de vue déjà la liberté de l'État a une limite qu'il appartient au droit international de poser. En outre, l'idée d'égalité prend ici un sens particulier et appelle des développements propres à compléter la théorie des droits de l'étranger.

103) On peut dire qu'au point de vue fiscal la condition de l'étranger repose sur un principe qui, entendu comme il l'est généralement, constitue une véritable erreur. Ce principe c'est la territorialité fiscale, d'où l'on déduit universellement que l'étranger doit être, dans un pays, soumis aux mêmes charges que le national[1]. Il y a là une confusion manifeste entre deux questions fort différentes cependant l'une de l'autre. La territorialité des lois d'impôt est une qualité qui concerne l'exercice du droit de lever l'impôt et non pas l'existence de ce droit. Elle signifie qu'en supposant, par exemple, un étranger soumis en France à un impôt, ce sont les lois françaises qui détermineront la quotité de cet impôt, son mode de recouvrement, les exceptions que peut souffrir le droit à la perception. Dans cette mesure la territorialité des lois fiscales se justifie et se comprend ; elle est l'expression de cette idée, qu'un État ne peut pas avoir deux systèmes d'organisation fiscale, l'un pour ses nationaux, l'autre pour les étrangers. Elle ne se comprend plus si on l'entend en ce sens, que l'étranger est soumis en France, pour sa personne, ses biens et ses actes, aux mêmes taxes que les Français. Tel n'a jamais été le sens de l'expression loi territoriale : autant vaudrait dire que la territorialité des lois politiques a cette conséquence, que les étrangers jouissent en France des mêmes droits politiques que les citoyens. La question de savoir si un étranger est ou n'est

[1] Notre collègue, M. Wahl, dit (Cl. 1891, p. 1065) que la territorialité des lois d'impôt est un des rares principes du droit international que la controverse n'a pas essayé d'ébranler. On peut ajouter à cela que ce principe compte parmi ceux qui sont généralement le plus mal compris.

pas soumis à l'impôt est entièrement indépendante de la territorialité de la loi fiscale, elle n'est même pas de nature à être arbitrairement résolue par cette loi, car cette question touche aux intérêts concurrents de plusieurs États et sa solution doit au moins respecter le principe du droit au commerce international.

104) Une théorie rationnelle du droit fiscal international est encore à faire[1]. C'est une besogne ingrate, presque désespérée. Si l'on part de cette idée que l'impôt est la rémunération des services que la communauté rend aux particuliers qui en font partie, le point de départ rationnel de toute théorie serait de faire payer aux étrangers les impôts correspondant aux services dont ils bénéficient, de les dispenser de tous les autres. Il faudrait pour cela que dans l'impôt apparût toujours sa raison d'être, le service public qu'il est destiné à rémunérer. C'est ce qui n'arrive presque jamais, et même tout classement des charges publiques à ce point de vue est complètement impossible. Aussi ce n'est que dans des cas très rares qu'une semblable méthode pourra être employée. On dira ainsi qu'il est juste que les étrangers payent les frais de justice ou les droits de douane parce que ce paiement est ici la rémunération du service rendu, là le prix de l'autorisation donnée d'écouler à l'intérieur des marchandises venues de l'étranger. Mais ces quelques applications isolées et fortuites manquent de toute signification sérieuse, du moment qu'elles ne sauraient être assez multipliées pour fournir la base d'une construction méthodique des charges que doit supporter l'étranger[2].

[1] Cf. Lehr, *Des doubles impositions en droit international, de leurs causes et de leurs remèdes*, Cl. 1901, pp. 722 et suiv.; Weiss, *Traité*, t. II, pp. 162 et suiv.; de Bar, *Theorie und Praxis*, t. I, pp. 317 et suiv. Cf. Fœlix, t. II, pp. 1-34.

[2] M. Wahl *(loc. cit.*, p. 1073) tire de cette idée première la conséquence, que l'État ne protégeant que les biens situés en France ne peut appliquer qu'à ces seuls biens les droits d'enregistrement qu'il établit. Ce raisonnement n'est pas très exact. L'État protège également ses natio-

En fait, dans tous les pays, l'exagération progressive des dépenses publiques a fait mesurer les impôts non pas sur les services rendus par l'État, mais sur les facultés des contribuables, l'État demandant à chacun tout ce qu'il est capable de fournir sans cesser d'être un instrument de production ou de conservation de la richesse nationale. Poussé par cette même tendance, le législateur en viendra fatalement à demander à l'étranger tout ce qu'il peut lui prendre sans le charger d'impôts particuliers, impôts assez odieux et dont les traités empêcheraient du reste le plus souvent la perception, car, si larges que l'on fasse les droits de la souveraineté en cette matière, on conviendra qu'ils ne l'autorisent pas à se placer au-dessus des stipulations des traités. Tel est en effet l'esprit de notre législation française, mais cet esprit ne saurait être celui de la doctrine. Il ne suffit pas de pouvoir prendre pour que la perception soit légitime ; il faut qu'elle soit justifiée par un principe.

105) Nous savons déjà qu'une solution rationnelle de la question est impossible ; force est donc de recourir à une solution empirique en la faisant aussi équitable que possible. L'idée, qui en cette matière a rallié tous les suffrages, est celle de l'égalité du national et de l'étranger. Elle est conforme aux devoirs internationaux des États, car nulle considération ne saurait les obliger à traiter les étrangers mieux que leurs propres nationaux ; elle paraît d'une application facile, elle correspond aux aspirations de tous les peuples, et cette règle d'égalité est celle que l'on retrouve invariablement proclamée dans les traités.

Il ne suffit pas de proclamer ce principe, il faut encore le bien comprendre et il semble que sur ce point une

naux à l'étranger et les intérêts qu'ils peuvent y posséder. Les pays à finances avariées le savent bien. Il suivrait de là que la soumission à l'impôt devrait dépendre plutôt de la nationalité de l'assujetti. Personne cependant n'admettra qu'une semblable théorie puisse être appliquée.

critique sérieuse doive trouver place. La règle de l'égalité du national et de l'étranger a pour objet de ne point surcharger un étranger au delà de ce qu'un national aurait à payer à sa place : il faut donc qu'elle aboutisse à traiter également le premier et le second. Nous insistons sur ce commentaire, parce qu'on est porté à croire qu'il suffit qu'un étranger ne paye pas d'autres impôts que ceux que paye un national pour que l'égalité existe entre eux[1]. Rien n'est plus faux que ce point de vue. Pour qu'un étranger soit placé sur le pied de l'égalité avec un national, il ne suffit pas que cet étranger ne supporte pas des impôts exceptionnels et levés sur lui seulement, il faut qu'il ne paye pas plus qu'un national ne paierait à sa place. Cette exigence n'est pas toujours d'une réalisation facile : il semble cependant qu'elle pourra être satisfaite, si l'on applique à la matière le principe dont nous recommandions plus haut, en matière de compétence, l'application. De même que les circonstances de fait (situation des biens, domicile, etc.), qui déterminent la compétence d'un certain tribunal à l'égard d'un Français, devraient rendre ce tribunal compétent à l'égard d'un étranger, de même pour soumettre l'étranger à un certain impôt, on devrait requérir la présence des conditions de fait qui rendent cet impôt exigible de la part d'un Français. Ce serait l'existence des causes habituelles de perception qui aurait pour effet de soumettre cet étranger à l'impôt : domicilié en France il y payerait les impôts que l'on acquitte à son domicile, propriétaire de biens, ceux que l'on exige au lieu où le bien est situé, adonné à une industrie, ceux qui ont pour cause l'exercice de cette industrie et sont demandés au lieu où cet exercice se produit.

Cette méthode est purement empirique et, au point de vue rationnel, on peut lui reprocher de faire passer l'accessoire avant le principal, car il est vrai qu'en matière d'impôts la question d'assujettissement est le principal, et les

[1] Weiss, *loc. cit.*, p. 163. Wahl dans Cl. 1891, pp. 1065 et suiv.

circonstances de la perception, l'accessoire. Il demeure vrai cependant qu'à défaut d'une construction rationnelle impossible à élever, elle évitera dans la plupart des cas qu'un étranger soit imposé au même titre ou pour le même bien dans plusieurs pays différents. Elle empêchera surtout qu'une multiplication des causes de perception aboutisse à grever l'étranger plus que ne l'est le national[1].

L'histoire de notre législation sur les droits de succession imposés à l'étranger est assez instructive à cet égard. Tout d'abord notre législateur, s'attachant à la situation des biens, n'imposait les droits français de mutation par décès qu'aux biens corporels meubles et immeubles situés en France et aux valeurs qui pouvaient être considérées comme y ayant leur assiette, parce que c'est en France que se trouvait le particulier ou l'établissement débiteur. Cette solution n'avait rien que de fort raisonnable, mais on ne s'en tint pas là, et, sous la pression des nécessités budgétaires, le fisc procédant par empiétements successifs en vint peu à peu à saisir les valeurs du défunt ayant leur assiette à l'étranger, d'abord dans les successions régies par la loi française, ensuite dans celles des étrangers morts en France après y avoir acquis un domicile de fait. Seuls les immeubles situés à l'étranger et les meubles corporels qui s'y trouvent ont trouvé grâce auprès de notre législateur. Il n'est pas douteux qu'avec un pareil système, les valeurs mobilières, dépendant d'une succession ouverte en France et sise à l'étranger, payeront deux fois les droits de mutation. C'est une inégalité que l'on éviterait, en percevant de l'étranger dans la mesure seulement où la perception serait légitime par rapport à un Français. On trou-

[1] Pratiquement l'application de cette méthode serait fort simple. Dans tous les cas où on réclame en France d'un étranger un impôt qu'il prétend ne pas devoir, il suffirait de laisser de côté toute question de souveraineté et de se demander dans quel lieu cette personne serait assujettie à l'impôt, si l'on n'avait affaire qu'à la seule loi fiscale française. Si en effet ce lieu est situé en France, la personne, fût-elle étrangère, devra payer l'impôt ; est-il en fait à l'étranger, elle ne le payera pas.

verait aisément d'autres exemples d'une pareille inégalité. Dans les cas de ce genre l'étranger est traité plus durement que le national et cependant il ne paye pas d'autres impôts, que ceux que payerait ce dernier; seulement il les paye dans des cas où celui-ci ne les payerait pas. On peut se demander si une législation qui comporte de semblables conséquences est vraiment respectueuse de la lettre de ces nombreux traités, où se trouve la stipulation de l'égalité des sujets des deux parties contractantes au point de vue des charges auxquelles ils sont soumis.

106) Il est conforme à l'esprit du droit international de tendre perpétuellement à cette égalité, mais on doit convenir qu'elle ne sera jamais qu'approximative. La faute en est à la complexité du système financier en vigueur dans les divers États civilisés. Il n'y aura jamais entre les systèmes appliqués une correspondance telle qu'on puisse être sûr qu'un impôt payé d'un côté ne sera pas aussi payé de l'autre[1]. Dans quelques occasions ce système tournera au profit de l'étranger. Ne devant pas le service militaire dans le pays de son établissement, il ne devra pas non plus la taxe militaire, s'il en existe une. Il est possible que dans sa patrie son absence soit pour lui une cause de dispense et que cette dispense ne soit compensée par aucun impôt. Dans ce cas sa situation sera de part et d'autre plus favorable que celle du national non expatrié. Mais le plus souvent on verra le résultat inverse se produire et l'étranger sera grevé plus lourdement que le national.

[1] Seuls les impôts de consommation réalisent pleinement l'idée d'égalité. L'étranger payera autant que le Français, il est sûr de ne pas payer davantage. La suppression des octrois dans les villes où elle a été récemment accomplie et leur remplacement par des taxes directes a eu cette conséquence de rompre l'égalité entre l'étranger et le Français au préjudice de ce dernier. Pratiquement l'inégalité signalée au texte ne serait pas d'une réelle importance, les divers États également pressés de besoins d'argent ayant adopté des moyens assez semblables pour s'en procurer. La différence la plus sensible existe entre les pays qui ont adopté l'impôt sur le revenu et ceux qui ne l'ont pas adopté.

Parfois ce résultat aura quelque chose d'inévitable. Si le paiement d'un droit est attaché à la circulation d'un titre ou à la production d'une pièce devant une juridiction, la circulation dans plusieurs pays pourra entraîner le paiement de plusieurs droits, la production devant des tribunaux d'États divers la perception d'autant de taxes différentes. On peut se résigner à ces inconvénients : ils n'entraînent pas d'habitude une aggravation bien sensible dans les charges de l'assujetti. Il en est autrement, lorsque l'organisation financière de deux pays repose sur des bases tout à fait différentes. Entre un État pratiquant l'impôt général sur le revenu et un autre se bornant à grever les diverses sources de revenus séparément, une difficulté grave pourra naître, le premier tendant à faire contribuer l'assujetti au prorata de la totalité de son patrimoine en y comprenant même les biens situés à l'étranger, le second frappant individuellement ces mêmes biens conformément à son système. La charge pesant sur l'étranger pourrait être de ce chef presque indéfiniment accrue. Cependant un moyen fort simple existe de remédier à ce défaut. Il suffirait que chaque État ne tînt compte, quant à la perception au moins, que des biens situés sur son territoire.

Les difficultés ne seront jamais entièrement écartées, mais dans la plupart des cas l'esprit d'entente, le sentiment de la justice, l'intelligence des besoins du commerce international peuvent procurer une transaction équitable. L'esprit de fiscalité est beaucoup plus contraire aux intérêts de l'étranger que la diversité des systèmes financiers des nations. Ce sujet des charges fiscales imposées aux étrangers est de ceux qui mériteraient une étude approfondie. Nous nous sommes borné à y toucher en passant pour essayer de dégager les principes de la matière et notamment de bien définir en quoi consiste l'égalité du national et de l'étranger à ce point de vue.

TROISIÈME PARTIE

DE LA SOLUTION DES CONFLITS DE LOIS

CHAPITRE VIII

De la nature des lois envisagées au point de vue international.

107. Solution des conflits tirée de la nature de la loi. — 108. Lois territoriales ; lois extraterritoriales. — 109. Permanence et généralité de la loi dans l'intérieur de l'État. — 110. Conséquences de ce double caractère au point de vue international. — 111. Critique de la théorie statutaire et du système de la personnalité des lois. — 112. Impossibilité de conserver à la loi dans ses rapports internationaux sa dualité de caractères. — 113. Tendance des législations modernes. — 114. Solutions pratiques des conflits révélant le double caractère de la loi ; exemples. — 115. Les lois interprétatives ou supplétives au point de vue international ; l'autonomie de la volonté. — 116. Lois sur la forme des actes ; leur caractère mixte. — 117. Conclusion.

107) La solution des conflits de lois est, de beaucoup, le plus important des problèmes qu'embrasse le droit international privé : pour certains jurisconsultes, ce problème est même l'unique objet de notre science. On sait

que tel n'est pas notre avis. Il est inutile de répéter ici dans quels cas il peut y avoir conflit, ce point ayant été examiné antérieurement. Nous pouvons donc aborder de plain-pied les notions fondamentales qui nous conduiront à la solution rationnelle des conflits.

L'idée la plus générale qui puisse être proposée sur ce point, c'est qu'une solution internationale des conflits doit être empruntée à la nature de la loi. Qu'on le remarque bien. Nous ne disons pas, avec Savigny et ses disciples, qu'il faille se laisser guider par la nature des choses. Cette expression beaucoup trop vague est impuissante à conduire à des solutions assez précises pour constituer une doctrine unique et reconnue de tous. Nous disons qu'il faut considérer la nature de la loi, expression de la volonté souveraine du législateur. Les conflits naissent de la pluralité des législations; étudier dans la loi les caractères de l'acte de législation, s'attacher à maintenir à la loi considérée dans les relations internationales les qualités qu'elle possède dans les rapports intérieurs, est évidemment le parti qui conduira le plus sûrement à la découverte de ce terrain commun, sur lequel la solution des conflits pourra être obtenue.

108) Envisagées au point de vue d'une harmonie à établir entre nations, les lois ne peuvent être que territoriales ou extraterritoriales; territoriales lorsque, faites pour un territoire, elles s'y appliquent indistinctement à toutes personnes, aux étrangers comme aux nationaux, extraterritoriales, lorsqu'elles suivent les sujets à l'étranger et, réciproquement, ne s'appliquent pas aux étrangers sur le territoire de l'État pour lequel la loi a été faite. Précisons notre pensée. Nous ne prétendons pas ici que toute loi civile ait, par une sorte de fatalité, l'un ou l'autre de ces caractères, nous voulons dire que l'harmonie, but dernier de notre science, ne peut être établie entre les lois de peuples différents, qu'en considérant chacune d'entre elles ou bien comme territoriale ou bien comme extraterritoriale.

Quelle est exactement la signification de ces mots et pourquoi l'un ou l'autre de ces caractères est il attribué aux lois dans les rapports internationaux ? Quand une loi est déclarée extraterritoriale (ou personnelle), cette qualité lui est donnée pour arriver à ce que cette loi s'attache à la personne qui lui est soumise, la suive en tout lieu, l'accompagne dans toutes les circonstances où elle peut se trouver. C'est une loi dont on veut, pour des motifs quelconques, assurer la permanence, et la qualité de loi extraterritoriale qu'on lui confère n'a pas, en réalité, d'autre objet que d'assurer la continuité de son effet. Loi extraterritoriale ou loi permanente, voilà donc deux termes exactement synonymes.

Lors, au contraire, que l'on déclare une loi territoriale, c'est qu'on entend soumettre à son empire toutes les personnes qui se trouvent sur le territoire qu'elle régit et que l'on renonce à en prolonger l'autorité au delà des limites de ce territoire. Ici l'on vise la généralité[1] d'application de cette loi et l'on fait bon marché de sa permanence. De même qu'extraterritorialité signifie la permanence d'une loi dans les relations internationales, territorialité représente sa généralité d'application au même point de vue.

109) Maintenant que nous connaissons la valeur réelle de ces deux termes, nous pouvons nous demander si les lois considérées dans leur nature intrinsèque possèdent l'un ou l'autre de ces caractères, quelle est celle de ces deux qualités qui l'emporte chez elles.

Cette question ne peut soulever aucun doute. Considérées dans leur action intérieure et abstraction faite de tout point de vue international, les lois présentent, à un

[1] Il n'est pas essentiel à la vérité que la personne se trouve sur le territoire de l'État régi par cette loi et ceci n'est qu'une façon plus commode de s'exprimer. Il est fort possible que la personne étant elle-même absente de ce territoire y possède des intérêts (un immeuble, un débiteur, un procès). La loi territoriale étendra son action à la réglementation des intérêts en question.

degré égal, ces deux caractères de permanence et de généralité dans l'application. Du jour où elle est promulguée jusqu'à celui de son abrogation, la loi s'applique sans solution de continuité. La loi est faite, elle n'est maintenue en vigueur que parce qu'elle est nécessaire : on ne concevrait même pas que les citoyens fussent à un certain moment dépendants et, à d'autres, libres de son autorité. Dès que les circonstances de fait, auxquelles l'application de la loi est liée, se trouvent réunies, elle doit être obéie : il faut qu'elle le soit, à peine de laisser en souffrance l'intérêt social auquel elle correspond.

De même, il est certain que toute loi est générale et frappe indistinctement chaque sujet du pouvoir souverain qui l'a faite ; à la vérité, sa généralité d'application est la conséquence des mêmes nécessités. On ne peut pas admettre que l'autorité d'une loi soit tantôt suspendue et tantôt rétablie : on ne saurait admettre davantage, qu'elle lie certaines catégories de personnes alors qu'elle en laisse d'autres maîtresses de leurs actions.

Une explication est peut-être ici nécessaire. Nous n'entendons pas dire que toutes les lois d'un pays s'adressent indistinctement à tous les citoyens de ce pays. Il en est, au contraire, en tout pays qui ne visent qu'une part des citoyens, les mineurs, les interdits, les femmes mariées, les célibataires. Ce que signifie l'idée de généralité, c'est que la loi s'impose à tous les individus compris dans la catégorie ou le groupe que le législateur a entendu atteindre [1].

Cette généralité a une double raison d'être. D'abord une loi quelconque est nécessairement considérée, aussi longtemps qu'elle est en vigueur, comme la meilleure solution

[1] M. de Bustamante *(Tratado*, t. I, pp. 527 et suiv.) qui s'accorde avec nous sur les points fondamentaux de la méthode nous objecte ici que, de ce que les lois sont faites par le législateur permanentes et générales pour ses sujets, il ne résulte pas qu'elles présentent les mêmes caractères à l'égard des étrangers. Nous répondrons à notre savant collègue deux choses : 1° il ne s'agit pas ici de savoir ce qu'un législateur a pu vouloir

possible de la question qu'elle concerne. Aucun individu ne saurait donc avoir de prétexte pour se soustraire à son empire ou pour demander qu'il lui fût fait application d'une loi différente. Puis la généralité subjective porte en elle une vertu particulière éminemment favorable à l'empire du droit dans le sein d'une société; elle constitue un principe d'ordre et porte en elle à la fois la garantie résultant de l'application d'une même règle à tous les citoyens, sans exception; elle est aussi une condition de crédit public, car dans une communauté bien ordonnée, il importe que chacun connaisse le droit auquel sont soumises les personnes comprises dans la même communauté. C'est une règle indispensable et qui suffirait à elle seule pour justifier le principe de l'égalité des citoyens devant la loi. La permanence, la généralité subjective d'application sont donc deux qualités nécessaires de la loi, deux caractères que l'on rencontre dans toutes les lois de tous les pays[1].

110) Nous pouvons maintenant déduire de ce principe les conséquences qu'il comporte au point de vue des relations internationales. La loi étant de sa nature permanente et générale il faudrait, pour éviter toute déformation, qu'elle fût à la fois territoriale et extraterritoriale, personnelle et réelle dans les relations internationales. En pratique cela n'est évidemment pas possible et nous aurons

ou ne pas vouloir, mais de trouver un système scientifique de corrélation entre les lois civiles des divers peuples ; 2° l'action sociale du droit ne s'étendra aux relations internationales qu'autant que les lois conserveront dans leur application au commerce international leurs caractères intérieurs. Les dépouiller arbitrairement de ces caractères aboutit inévitablement à ruiner leur effet utile.

[1] Est-il nécessaire d'observer qu'il y a certains actes de l'autorité, comme les règlements de police, qui n'ont d'application qu'à la localité pour laquelle ils sont faits, et aussi que pour que certaines lois puissent être invoquées, il faut que le droit qu'elles réglementent soit organisé dans le pays où on les invoque, qu'il ne sera pas question de mitoyenneté dans un pays où la propriété individuelle n'existe pas. C'est à l'aide d'objections de ce genre que M. de Vareilles-Sommières a combattu nos prémisses. Elles n'enlèvent évidemment rien à leur valeur.

bientôt à insister sur les conséquences de cette impossibilité. Pour le moment contentons-nous de nous arrêter à la constatation que nous venons de faire. A la question ci-dessus posée : quelle est la nature des lois au point de vue des relations internationales? on doit répondre : les lois sont à ce point de vue à la fois territoriales et extraterritoriales, parce qu'il est de leur nature d'être générales et permanentes.

111) Et ceci permet de mesurer déjà la distance qui sépare nos doctrines de celles qui sont le plus communément acceptées. Pour les statutaires et peut-être déjà pour leurs prédécesseurs les bartolistes, un statut était, en règle générale, territorial. Ils considéraient donc que les lois sont naturellement générales dans leur application, sauf à faire subir à ce principe les exceptions que la pratique du commerce interprovincial rendait nécessaires. A l'époque où écrivaient les statutaires, cette façon d'envisager les choses pouvait se soutenir. Dans un état social où la souveraineté consistait dans une sorte de propriété immobilière, on ne manquait pas de logique en attribuant aux actes émanés du pouvoir souverain le caractère strictement territorial des pouvoirs du propriétaire. Pour la même raison l'attribution de la nationalité par la naissance se faisait conformément au *jus soli,* la dénationalisation qui accompagne fatalement toute annexion de territoire atteignait les sujets domiciliés dans les provinces annexées et l'extradition d'un criminel n'était pas accordée, si ce n'est en vertu de certains traités et pour les crimes politiques seulement.

Nous l'avons dit plus haut, l'inélégance de la théorie statutaire consistait bien moins dans son principe que dans les exceptions que, sous le nom de statuts personnels, elle apportait à ce principe. Jean Voet seul recula devant cette inélégance et demeura rigoureusement logique. Mais ces considérations bonnes pour l'ancien droit ne peuvent plus être invoquées à notre époque, où la loi n'est plus l'expres-

sion de la volonté d'une sorte de propriétaire, mais un moyen donné au souverain de remplir ses fonctions par rapport à la communauté qu'il dirige.

Le système contraire de la personnalité des lois n'est pas plus juste. Ce système pouvait être exact à l'époque des invasions, où l'État territorial n'existait pour ainsi dire pas, il a cessé de l'être par l'avènement de la féodalité qui a marqué le passage d'un excès à l'excès contraire. Actuellement il revient à dire que les lois sont par nature permanentes. C'est vrai, mais cette analyse est imparfaite et oublie que les lois sont également générales et que ce dernier caractère n'est chez elles ni moins régulier ni moins essentiel que le premier. Il fait donc subir aux lois dans les relations internationales une déformation arbitraire, que l'importance du reste indéniable de l'idée de nationalité ne suffit pas à justifier. S'il est vrai que les lois sont permanentes, elles sont également générales et la proclamation de leur personnalité n'est rien autre que l'affirmation gratuite et injustifiée de la prépondérance de l'un des caractères de la loi sur l'autre.

112) Il est certain cependant que les lois ne peuvent pas garder dans les rapports internationaux les deux qualités qu'elles possèdent dans leur action intérieure et purement nationale. S'il en était ainsi, si chaque État s'obstinait à considérer ses lois à la fois comme permanentes et comme générales, comme extraterritoriales et comme territoriales, aucune harmonie, aucune communauté de droit ne serait possible. Les juges de l'État appliqueraient leur propre loi et aux sujets qui se trouvent à l'étranger et aux étrangers présents dans le pays, c'est-à-dire à tous les cas possibles. La détermination de la loi applicable dépendrait donc du tribunal chargé de trancher chaque litige, solution qui, de toutes celles qui peuvent être proposées, est sans doute la moins acceptable.

Une première conclusion se dégage de là qui, si l'on y réfléchit, suffit à jeter un jour assez grand sur les pro-

blèmes de notre science. Quelque parti que l'on adopte, la loi dans les rapports internationaux n'aura jamais la plénitude d'effets qu'elle possède dans les rapports purement nationaux. Si on la déclare permanente, elle perd sa généralité d'application, c'est l'inconvénient de l'extraterritorialité. Si on la proclame générale, sa permanence est sacrifiée. C'est le mauvais côté de la territorialité. Fatalement, par le vice de son origine, par la nécessité des circonstances au milieu desquelles elle est appelée à exercer son autorité, la loi sera imparfaite dans son action internationale. On ne peut pas remédier à cette imperfection : il faudrait pour cela une seule loi commune à l'univers entier[1].

Que l'on ne s'étonne pas dès lors des hésitations des jurisconsultes. Comme il n'y a pas en droit international de solution absolument bonne, il n'en est pas non plus d'absolument mauvaise, en ce sens qu'il n'en est pas qui ne réponde à un caractère appartenant effectivement à la loi. Le tout est de bien choisir et dans chaque hypothèse de sacrifier celui des deux caractères dont la conservation importe moins à l'effet utile de la loi.

Il y a plus et l'on comprend qu'une solution, si bonne soit-elle, laisse quelques regrets. On ne peut se résigner entièrement au sacrifice que l'on a dû faire et l'on tente, œuvre vaine, de concilier les avantages de la solution que l'on a préférée avec ceux du parti que l'on a sacrifié.

[1] Et on remarquera, en effet, que dans les matières où l'harmonie est plus nécessaire, on n'hésite point à établir une législation commune. Il en est ainsi du droit applicable aux moyens de circulation. L'Union postale réalise de nos jours l'exemple le plus large de législation commune. Il en est de même, dans des proportions plus modestes, des autres unions. Le droit commercial et le droit maritime tendent également à l'uniformité. L'harmonie ainsi obtenue est évidemment la plus complète de toutes, la seule qui maintienne dans les rapports internationaux les deux caractères de permanence et de généralité de la loi. Mais cette harmonie n'est possible que par exception, sa généralisation obligerait chaque peuple à renoncer à ses mœurs et coutumes particulières. Cette généralisation n'est pas souhaitable.

113) Les législations modernes nous offrent un bon exemple de cette tendance. Il est admis depuis des siècles que les lois de capacité sont extraterritoriales. Chez elles c'est donc la permanence qui domine et mérite de régler leur effet dans les relations internationales. Et cependant le législateur, soucieux de ne pas sacrifier tout à fait la généralité des lois de cet ordre, en arrive souvent à vouloir concilier l'inconciliable et, en même temps qu'il fait régir la capacité du national agissant à l'étranger par sa loi nationale, à soumettre l'étranger qui contracte sur le territoire à la loi locale. Les dispositions conçues en ce sens sont si fréquentes, qu'elles représentent presque le droit commun de la matière.

En cédant ainsi à sa préférence instinctive pour sa propre loi, le législateur n'aperçoit pas qu'il érige en système une doctrine absolument impropre à établir l'harmonie dans les relations internationales. Suivant le tribunal auquel le contrat passé sera soumis, la personne qui l'a fait sera réputée capable ou incapable : son état manquera de cette fixité qui est nécessaire, pour que des lois, qui ont pour objet de restreindre dans de certaines bornes la liberté de la personne, produisent leur effet.

Cette tendance ne peut certes pas être approuvée, mais encore est-elle intelligible, car elle donne à la loi un double caractère qui lui appartient à la vérité d'après sa nature, elle oublie seulement qu'il est impossible de le maintenir dans les relations internationales. Retenons donc cette première constatation : les lois sont naturellement permanentes dans leur effet et générales dans leur application ; elles sont à la fois territoriales et extraterritoriales, mais l'harmonie à établir entre elles au point de vue international exige que l'on sacrifie dans chaque cas l'un de ces deux caractères pour s'attacher exclusivement à l'autre.

114) Cette dualité de caractères n'est pas sans se révéler quelquefois dans les solutions pratiques données au conflit et il n'est pas rare de voir des lois investies, dans des cir-

constances exceptionnelles, d'un caractère opposé à celui qui leur est le plus généralement reconnu. Rien n'est plus franchement territorial que les lois pénales et leur application à toutes personnes, sans distinction d'étrangers et de nationaux, est élémentaire dans notre science. Si, au début, les postglossateurs avaient éprouvé sur ce point certains scrupules, ces scrupules nous sont devenus complètement étrangers et nous appliquons notre loi criminelle aux étrangers, qui se trouvent sur notre territoire, pour leurs infractions les plus insignifiantes aussi bien que pour leurs plus graves délits. Cependant il n'est actuellement aucun État qui ne punisse ses nationaux pour les crimes qu'ils commettent à l'étranger. La loi pénale fait ici fonction de loi extraterritoriale; elle ne cesse pas pour cela d'être territoriale : c'est donc que le cumul de ces deux caractères n'a rien de contradictoire à sa nature. La loi pénale est avant tout une règle d'ordre sans doute, mais elle est aussi une règle de conduite, et, en tant que règle de conduite, il n'y a rien que de logique à ce qu'elle suive le citoyen à l'étranger [1]. Voilà la vérité que l'on trouve à la base de cette disposition : si cette vérité était mieux connue, elle tirerait le droit pénal international des limbes où il est plongé, et permettrait d'éviter bien des résultats injustes ou choquants.

Un usage ancien fait admettre qu'à bord d'un vaisseau ou dans les camps d'une armée occupant un territoire étranger, la loi en vigueur est celle du pays auquel appartient le vaisseau ou l'armée [2]. On dira que c'est en vertu de fictions. On imagine des fictions lorsqu'on ne sait pas

[1] S'agissant de crimes graves punis chez toutes les nations civilisées, le défaut d'harmonie signalé au texte n'a d'autre inconvénient que celui-ci : suivant le tribunal à la barre duquel il est traduit, le coupable se verra appliquer une peine plus ou moins sévère. On n'admet pas du reste que, condamné dans un pays, il puisse, pour le même forfait, être encore puni dans l'autre.

[2] Lorsqu'un vaisseau est en pleine mer il se trouve en un lieu où n'existe aucune souveraineté territoriale. Pour une armée en pays étranger

comment justifier des règles que l'on sent être nécessaires, et c'est à une fiction que l'on avait recours autrefois pour justifier la règle *mobilia sequuntur personam*. N'est-il pas plus simple de dire que les lois du pavillon ou du drapeau sont appliquées ici en vertu de leur autorité extraterritoriale? Si l'on veut un autre exemple, la matière de l'abordage nous le fournira. Entre navires portant le même pavillon les conséquences d'un abordage survenu en pleine mer sont réglées par leur loi commune [1] et, si la nécessité a une part dans cette décision, personne ne la regarde pourtant comme contraire au droit. Et cependant dans les eaux territoriales, cette même loi fonctionne sans objection même par rapport à des navires étrangers. Nous verrons du reste bientôt pourquoi cette force extraterritoriale, qui se trouve généralement refoulée et anéantie, ressuscite dans les hypothèses que nous envisageons.

Et les lois sur l'acquisition et la perte de la nationalité ne sont-elles pas territoriales en tant qu'elles s'appliquent aux étrangers sur le territoire, extraterritoriales quand elles touchent des nationaux à l'étranger? Nous verrons même que chez elles ce double caractère est indélébile, ce qui, pratiquement, est la cause de difficultés toujours graves et quelquefois insolubles.

Ces exemples, qu'il serait aisé de multiplier, montrent que dans certains cas des lois généralement territoriales fonctionnent comme lois extraterritoriales. C'est donc que cet effet ne répugne pas à leur nature et que s'il convient qu'une loi donnée revête l'un de ces deux caractères plutôt que l'autre, rien ne s'oppose, au cas où la nécessité l'exige, à ce qu'elle ait le caractère opposé. On trouvera de même

le cas est un peu différent. Il existe une souveraineté territoriale, mais les nécessités de l'action militaire font que l'armée ne peut tenir compte ni de ses commandements ni de ses défenses. La conséquence de cet état de choses est de rendre tout d'abord extraterritoriales les lois qui, par leur nature, sont les plus territoriales de toutes, les lois pénales. L'exemple est assez frappant.

[1] Gênes, 10 décembre 1894, Cl. 96, p. 907.

des lois personnelles qui seront aussi, le cas échéant, des lois territoriales. Il en est ainsi de toutes les lois personnelles, lorsque le statut particulier à la personne ne peut pas être déterminé [1]. Un individu n'a ni nationalité ni domicile connus. On lui applique la loi du lieu où il se trouve. Question de nécessité, dira-t-on. Il y a de cela, à notre avis, une autre raison. Il faut que cet individu soit soumis à une loi, sans doute, mais si cette raison seule existait une loi quelconque pourrait lui être appliquée. Si l'on n'hésite pas à le soumettre à la loi locale, c'est que l'on admet que, même lorsqu'elle est personnelle, elle peut, en cas de besoin, fonctionner comme loi territoriale.

Un autre exemple plus fréquent et plus normal nous est fourni par ces lois personnelles de leur nature qui sont considérées comme intéressant l'ordre public ou la morale. Qu'elles suivent le national à l'étranger, personne n'en doute, leur nature le veut ainsi, mais en même temps on n'hésite pas à obliger à leur observation les étrangers présents sur le territoire. Si on ne le faisait pas, l'ordre serait troublé, la morale offensée. Un Français pourrait-il intenter à l'étranger une action en recherche de paternité naturelle? Non, son statut personnel le lui interdit. Un étranger serait-il admis à former en France une semblable action? Pas davantage. Il alléguerait vainement que sa loi nationale le lui permet. On lui répondrait avec raison, que

[1] Cf. Trib. de Nantes, 28 novembre 1901, Cl. 02, p. 590. — On peut rapprocher de cette hypothèse une question dont l'intérêt pratique est considérable. On sait que dans le cas d'ouverture d'une tutelle concernant un mineur étranger en France, nos tribunaux n'hésitent pas à prendre les mesures provisoires nécessaires à la sauvegarde de la personne et des biens du mineur (V. par exemple : Lille, 10 juillet 1884. Cl. 85, p. 94). Ils lui font alors application de la loi française. Ici la loi personnelle de l'individu n'est nullement indéterminée, mais elle n'est pas susceptible d'une application immédiate à cause du temps que requiert l'organisation de la tutelle, conformément à son statut personnel. Cette circonstance a paru suffisante pour légitimer la compétence donnée à la loi française. Or, cette loi des tutelles, essentiellement personnelle de sa nature, fonctionne bien ici comme loi territoriale.

les tribunaux français n'ont en aucun cas le devoir de donner effet à une loi étrangère qui menacerait l'ordre public français. Je n'ai donné que des exemples et des exemples ne sont pas une démonstration. Ils serviront au moins à montrer qu'il n'y a rien d'immuable dans le caractère que l'on attribue à une loi au point de vue international et qu'une même loi peut fort bien, suivant les circonstances, prendre l'un et l'autre des deux caractères opposés. Quant à la preuve de la dualité qui existe dans toute loi à notre point de vue, c'est le droit intérieur qui nous la fournit, car, encore une fois, une loi ne change pas de nature suivant que l'on étudie son action dans les relations intérieures ou dans les relations internationales.

115) Les lois sur lesquelles nous avons spéculé jusqu'ici sont les lois véritables, celles qui lient les personnes qui leur sont soumises, qui ordonnent ou qui défendent, qui font acte d'autorité et constituent par suite l'expression bien pure et bien nette de la souveraineté dont elles sont l'émanation. Mais à côté de ces lois il en est d'autres d'une nature bien différente et qui ressemblent à un conseil plutôt qu'à un commandement. L'individu est libre de les suivre en tout ou en partie, voire même de ne pas les suivre du tout et de se placer sous une règle qu'il a lui-même façonnée, à charge seulement d'en exprimer la volonté dans les formes voulues. Ce n'est qu'en l'absence de toute indication d'une volonté contraire chez les intéressés que ces lois exercent leur empire. On les appelle à bon droit lois interprétatives ou supplétives.

La nature particulière de ces lois ne pouvait pas ne pas réfléchir sur leur condition internationale. On ne l'aperçut pas tout d'abord et les anciens auteurs appliquaient uniformément à cette matière la loi du lieu où l'acte avait été fait. La loi *Si fundus* leur était une raison suffisante de décision. A Dumoulin revient l'honneur d'avoir dégagé la véritable solution, en faisant prévaloir cette idée que la volonté, qui est ici toute-puissante en droit intérieur, doit aussi

être tenue pour toute-puissante en droit international. Il s'agit donc bien moins de savoir à quelle loi les parties sont soumises, que de pénétrer à quelle loi elles ont entendu se soumettre. Nous verrons du reste que ce principe, si simple d'apparence, est, au fond, assez fécond en difficultés.

Mais nous pouvons remarquer dès à présent que, grâce à la loi dite de l'autonomie de la volonté, les lois interprétatives échappent au reproche que l'on peut faire aux lois obligatoires de n'être jamais que des lois imparfaites dans les relations internationales. Les premières ont un effet aussi plein, à l'un et à l'autre point de vue. Lorsqu'un rapport juridique qui existe entre deux personnes, qui ne sont point soumises à la même loi, est du domaine de la loi obligatoire, il faut nécessairement le faire régir par la loi de l'une ou de l'autre de ces personnes, à moins que l'on ne préfère le soumettre à une loi tierce également étrangère aux deux personnes intéressées. La solution la plus favorable, on le voit, a toujours l'inconvénient de soumettre l'un des intéressés à une loi qui n'est pas la sienne, qui n'est pas celle qui le régirait, si au lieu d'un rapport juridique international il avait noué un rapport national. Ici cet inconvénient disparaît. La loi choisie par les parties leur est commune et la règle qu'on leur applique ne diffère en rien de celle que contient le droit intérieur de chacune d'entre elles. On trouve donc dans le domaine de l'autonomie de la volonté des solutions complètes, entièrement satisfaisantes, des conflits qui peuvent surgir. Comme on n'en trouve que là, on s'explique jusqu'à un certain point qu'il ait pu germer dans l'esprit de quelques-uns l'idée de faire résoudre tous les conflits par un appel à la volonté des intéressés et que même parmi ceux qui repoussent cette théorie véritablement destructive de l'autorité du droit, une tendance très générale existe de pousser le principe de l'autonomie fort au delà de ses limites naturelles.

116) Toutes les lois ne sont pas rigoureusement obligatoires ou purement facultatives. Il en est qui tiennent le milieu entre ces deux extrêmes et sont, si on le veut, obligatoires, mais seulement jusqu'à un certain point. Telles sont généralement les lois sur la forme des actes. Il est rare que l'observation des formes prescrites intéresse l'existence du droit : elle ne concerne le plus souvent que sa preuve. Alors l'exigence des formes a cette conséquence que, sans elles, la preuve du droit constitué est impossible ou à tout le moins plus difficile. Elle sera impossible lorsque la forme est substantielle, comme en matière de testament; si elle ne l'est pas (c'est par exemple le cas des règles limitatives de la preuve testimoniale), le droit pourra encore être établi en justice, mais seulement par des moyens ayant un caractère exceptionnel.

Quel sera le régime international de ces lois d'un caractère mixte ? La question n'a jamais, à notre connaissance, été envisagée directement. Sans doute la règle *locus regit actum* lui ôte une bonne part de son intérêt, elle en conserve cependant assez pour prêter à des développements étendus.

117) Ainsi se trouve défini le caractère des lois au point de vue international. Réserve faite de l'exception ci-dessus mentionnée, les lois sont par leur nature à la fois extraterritoriales et territoriales, parce qu'elles sont et permanentes dans leur effet et générales dans leur application. Ceci déjà suffit à caractériser le problème que nous avons à résoudre. Il ne s'agit pas pour nous de rechercher quelles lois sont territoriales et quelles extraterritoriales ; il s'agit, étant donné que toutes les lois possèdent à la fois ces deux caractères, de discerner dans chaque cas lequel doit être conservé, lequel sacrifié.

Et que l'on ne pense pas qu'il y ait là une simple question de mots. Avec un semblable point de départ, nous nous interdisons toute solution à priori qui tendrait à attacher à toutes les lois ou à certaines catégories d'entre elles le ca-

ractère de personnalité ou celui de réalité. Nous savons que l'on peut faire une loi quelconque personnelle ou réelle sans contredire sa nature. Ce point étant acquis, nous nous occuperons, dans les recherches qui vont suivre, des conséquences des divers systèmes possibles, de leur influence sur les relations des États et des individus, de ce qui convient le mieux aux besoins du commerce international.

CHAPITRE IX

Recherche d'une loi générale de solution des conflits.

118. De la meilleure solution des conflits de lois; respect de l'effet social de la loi. — 119. Détermination de la nature de cet effet tirée de la considération du but de la loi. — 120. Variété des buts engendrant la variété des lois. — 121. Méthode à suivre pour ménager le maximum de l'effet utile de la loi dans ses relations internationales. — 122. Caractère international de notre doctrine. — 123. Le respect dû à la souveraineté de l'État étranger. — 124. Les formes du renvoi à la loi étrangère. — 125. La considération du but de la loi conduit au respect de la loi étrangère. — 126. Exemples. — 127. Inapplicabilité de notre solution dans certains cas; théorie des qualifications. — 128. Peu d'importance pratique de cette théorie. — 129. Place de notre doctrine parmi les différents systèmes de solution des conflits de lois.

118) La question étant posée ainsi qu'elle l'a été au précédent chapitre, nous avons à nous demander par quelle suite de principes et d'idées on pourra arriver à découvrir dans chaque cas de conflit la solution la moins imparfaite et à donner à chaque loi la qualité (territoriale ou extraterritoriale) qui lui convient le mieux.

L'objet du droit international privé étant d'assurer aux lois nationales leur effet dans les rapports internationaux, on nous concédera sans peine, que dans chaque cas la solution la meilleure est celle qui ménage le mieux l'effet utile de la loi. Faire une loi territoriale, alors que sa géné-

ralité d'application importe peu, alors qu'il est à peu près indifférent que dans le pays les étrangers y soient soumis comme les nationaux, mais qu'il importe beaucoup que les nationaux lui obéissent, même quand ils sont à l'étranger, serait un véritable contresens. C'est à cette absurdité que se trouvaient acculés les partisans les plus outrés de la réalité, lorsqu'ils travaillaient à réduire le statut personnel dans des bornes si étroites, que les lois les plus manifestement relatives à l'état ou à la capacité de la personne ne la suivaient pas hors du territoire où elle avait son domicile. Ils rendaient ces lois inutiles dans leur obstination à les considérer comme réelles : c'est pour cela que dès notre ancien droit, une réaction se forma contre une doctrine qui se préoccupait vraiment trop peu des intérêts sociaux confiés à sa garde.

Nous nous attacherons donc, comme à un principe absolu, à cette idée que la solution à choisir dans chaque cas est celle qui respecte le mieux l'effet social de la loi impliquée dans le débat, ou, en d'autres termes plus strictement exacts, à la solution qui réduit à la moindre mesure la déperdition d'autorité qui résulte pour une loi de son emploi dans les rapports de droit internationaux. Cette première idée est l'évidence même. La raison d'être de la loi gisant dans l'action sociale que le législateur en attend, l'harmonie la plus parfaite que l'on puisse obtenir est fatalement dans la solution, qui sacrifie la moindre part de l'action sociale de la loi.

119) Cette méthode nous conduit immédiatement à examiner en quoi consiste l'effet d'une loi, ou, ce qui revient au même, où réside son importance sociale. C'est la nature sociale de la loi qui nous fournira la clé du problème.

Considérée en elle-même et abstraction faite des raisons pour lesquelles elle a été établie, la loi ne représente rien du tout. Si on la définit simplement un commandement du souverain exprimé dans les formes requises par la

constitution, on voit bien à quelles conditions ce commandement devient obligatoire, mais on ne sait rien sur les motifs qui lui font sa place dans la société. La loi n'a pas en elle-même sa raison d'être. Considérée seule elle apparaît comme un ordre ou une défense, en tout cas comme une restriction à la liberté de l'individu, restriction qui serait incompréhensible et injuste, si elle ne puisait pas sa légitimité dans l'existence certaine d'une nécessité sociale. Ce qui donne à la loi sa raison d'être, c'est la nécessité sociale à laquelle elle donnera satisfaction : à cette nécessité elle emprunte sa légitimité, son importance plus ou moins grande, les caractères qui la distinguent des autres actes de l'autorité et qui, dans le domaine propre aux lois, permettent de ranger celles-ci en catégories séparées par quelque trait essentiel[1].

La loi n'est rien autre qu'un moyen créé en vue d'arriver à un but, c'est, comme le disent volontiers les philosophes, un des moyens permettant de réaliser le bien social[2]. La loi est un moyen en quelque sorte amorphe, également propre à la réalisation de quantité de buts sociaux différents, moyen que l'on ne peut, dans chaque cas où il est employé, connaître pertinemment et qualifier exactement qu'en se référant au but en vue duquel il a été mis en œuvre.

C'est la considération du but social à atteindre qui sépare les lois obligatoires des lois facultatives. Lorsque la loi correspond à une nécessité jugée absolue, on contraint les citoyens à l'observer et on dresse contre leur volonté un rempart infranchissable. Si la loi contient en elle un

[1] Cf. Brocher, *Théorie du droit international privé, R. D. I.*, 1871, pp. 419 et suiv.

[2] Ahrens *(Philosophie du droit. — Déduction et délimitation du principe du droit,* § 2) dit bien en ce sens que les droits ne sont pas des buts en soi, mais des conditions nécessaires à l'exercice des facultés de l'homme. Sur l'influence du but dans le droit, l'ouvrage capital est celui de de Ihering, *Der Zweck im Recht.* Bien qu'étranger à notre sujet, il contient quantité de renseignements intéressants, surtout touchant la nature et le rôle social de la loi.

avantage certain, mais ne revêt pas le caractère d'un besoin absolu, on la fait simplement facultative, elle est destinée à assister le citoyen, elle n'a pas la force de le contraindre.

C'est encore la considération du but qui distingue le droit public du droit privé. Dans un cas les lois ont pour objet de définir les rapports existant entre la puissance publique et les activités particulières, dans l'autre de réglementer les relations des particuliers entre eux.

120) Et parce que le but est différent dans ces deux classes de lois, les caractères le sont aussi. Les lois privées reposent sur l'idée première de l'égalité des citoyens entre eux : les droits qu'elles consacrent sont généralement réciproques et là où ils consacrent la prééminence d'une personne sur une autre, c'est généralement pour assurer la protection due à cette dernière. Le droit public repose, au contraire, sur le dogme de la supériorité de l'État et de la subordination de l'individu, et comme cette idée est inséparable de l'idée même de société, les lois qui la consacrent empruntent à cette circonstance une majesté particulière. Il ne suffit pas toujours de donner des lois particulières à des rapports ayant leur individualité distincte : dans bien des pays des tribunaux spéciaux sont créés, dont la mission est d'appliquer ces lois. Telles sont nos juridictions administratives.

Même dans l'intérieur d'une même catégorie de lois n'est-ce pas la considération du but à atteindre, qui donne à chacune d'elles sa physionomie particulière et fixe les règles d'une saine interprétation? Pourrait-on raisonner du mariage et juger des droits respectifs des époux, si l'on ne se pénétrait du but que le législateur a voulu atteindre en plaçant cette institution à la base de la famille légitime? Connaîtrait-on la puissance paternelle, si l'on affectait d'ignorer dans quel esprit elle a été constituée et quel objet elle poursuit? Et cela n'est pas vrai seulement du droit qui concerne les personnes. Il n'en est pas autrement du droit

des biens, et les contrats, les servitudes, les hypothèques seraient dans le code tout autant de chapitres inintelligibles, si l'on n'avait perpétuellement devant les yeux le but poursuivi par le législateur.

Il ne faut pas vouloir trop prouver, surtout quand il s'agit de notions aussi élémentaires que celles-ci. On nous permettra cependant d'ajouter aux indications générales, qui viennent d'être données, certains exemples particulièrement topiques. Comment expliquer qu'alors qu'en droit civil le droit d'action appartient aux intéressés, en matière pénale il est réservé à l'État, si ce n'est parce que ces lois diverses ont un but différent, ici individuel, là purement social; et l'on ne s'étonnera pas de voir l'action civile assujettie dans une certaine mesure au sort de l'action publique. Comment expliquer que le porteur d'une lettre de change ne peut pas se voir opposer certaines exceptions qui auraient paralysé le droit de son cédant, alors que le cessionnaire d'une créance civile est dans une condition différente? On répondra naturellement que le but respectif de ces deux lois emporte cette différence. Comment se résigner à admettre que le simple possesseur d'un meuble résiste victorieusement à la revendication du propriétaire, si l'on ne savait que le but des lois sur la transmission mobilière exige cette dérogation aux règles élémentaires de l'équité? Comment comprendrait-on enfin qu'un même acte juridique, la donation, en général surveillé de très près par le législateur, est favorisé de toutes façons lorsqu'il est fait à l'occasion d'un mariage? C'est que ces lois, si voisines cependant, correspondent à des objets entièrement différents.

La connaissance du but de la loi est le grand ressort de l'interprétation et s'il en est ainsi, c'est parce que le but poursuivi est en réalité l'âme de la loi. On observera même que les autres procédés d'interprétation n'ont de valeur, que parce qu'ils contribuent à nous éclairer sur ce point essentiel. L'histoire nous instruit, parce qu'il est probable que deux lois poursuivant à deux époques différentes le

même but ont le même sens ; la connaissance des législations étrangères nous est utile, parce qu'il est du plus haut intérêt de rapprocher et de comparer les diverses voies imaginées pour parvenir à la satisfaction du même besoin. Et les travaux préparatoires si souvent invoqués, quel prix ont-ils pour nous, si ce n'est de nous renseigner sur l'idée que se faisaient les auteurs du but qu'ils devaient atteindre ?

Le but poursuivi est toute la loi[1] et ceci nous explique la multiplicité croissante des lois et leur mobilité. Les lois deviennent de jour en jour plus nombreuses, parce que la tendance de l'État moderne le pousse à embrasser sans cesse dans sa sphère d'activité de nouveaux objets. A chaque objet nouveau il faut des lois nouvelles, parce que le but n'est plus le même et que des lois correspondant à des objets différents ne conviennent pas. Leur mobilité : quoique la loi actuellement en vigueur doive être considérée, parce qu'elle dérive de la souveraineté, comme la meilleure solution du problème qu'elle résout, les lois ne sont pas immuables, parce que l'objet à atteindre peut changer avec les circonstances et rendre inutile le lendemain ce qui la veille était considéré comme indispensable.

Voilà pourquoi le législateur ne peut pas se lier pour l'avenir. Tout-puissant en apparence, il est en réalité le serviteur des intérêts sociaux dont il a la garde : il suffit que ces intérêts se modifient pour que le but à atteindre ne soit plus le même et pour que la loi doive être changée. C'est donc la considération du but de la loi qui va nous guider dans la solution à donner aux conflits qui se présentent. Dans chaque cas nous rechercherons quelle est des deux

[1] Meili dit en ce sens : *Das Recht ist die Verkoerperung des Zweckgedankens und der Interessen (Zeitschrift für das internationale, etc.*, t. I, p. 17), et Gareis *(Allgemeines Staatsrecht* dans le *Handbuch* de Marquardsen, p. 14) : *durch dieses letztere Moment, den Zweck, das Gemeininteresse welches nicht etwa nur nebenher, sondern als Hauptsache und massgebendes Interesse erscheint, unterscheiden sich die staatsrechtlichen Berechtigungen von den privatrechtlichen, etc.*

qualités de territorialité ou d'extraterritorialité, celle qui s'accommode le mieux au but des lois en conflit. Cette solution dégagée s'imposera à nous à un double titre, comme principe correspondant à la nature de la loi et parce que cette solution est la seule qui soit obligatoire pour les États.

121) Il peut paraître superflu, après les explications qui précèdent d'insister sur ce point, qu'une solution tirée de la considération du but de la loi est celle qui convient le mieux à la nature de celle-ci. Puisque le but poursuivi par le législateur est la raison d'être de la loi, il est certain que la solution qui s'approchera davantage de ce but sera aussi celle qui assurera à la loi le plus grand effet et accomplira le mieux la tâche assignée à notre science [1].

[1] Bien que personne n'ait proposé jusqu'ici de régler l'effet international de la loi sur le but social qu'elle poursuit, ce serait une erreur de croire que cette méthode soit restée en fait étrangère aux jurisconsultes. Nous en avons un exemple frappant dans le principe incontesté de la territorialité des lois d'ordre public. Ce principe était inconnu de nos auteurs anciens. Peut-être en trouve-t-on une trace légère chez d'Argentré (glose 1, n° 5) et chez Jean Voët (*De statutis*, n° XVII), mais ces auteurs ne mentionnent ces statuts qui « *publicum primario et principaliter respiciunt* » « *publicam respiciunt utilitatem* » que pour dire qu'on ne peut les enfreindre par des conventions entre particuliers. Coquille (question 227) regardait comme personnels les statuts intéressant les bonnes mœurs, et Bouhier (Obs., règle III) exprime plus formellement encore cet avis. Au XIX° siècle tout change, et la territorialité des lois d'ordre public devient un véritable dogme chez les auteurs comme dans les législations écrites. On a hésité longtemps sur la dénomination à donner à ces lois, mais non pas sur leur effet international (v. notre *Ordre public en droit international privé*, pp. 15 et suiv.). Or ces lois ne se distinguent des autres que par le but qu'elles poursuivent, par ce caractère que le but en question touche de plus près aux conditions essentielles de la vie d'un État. En cette matière le but de la loi a produit spontanément son effet sur la partie internationale de celle-ci. Il est remarquable que l'art. 30 de la loi d'Introd. du code civil allemand qualifie (en termes trop larges, du reste) les lois d'ordre public par le but qu'elles poursuivent. Nous ajouterons que nombre d'auteurs (parmi lesquels de Bar et Jitta), sans accepter la base de notre système, font un usage très fréquent de la considération du but de la loi dans le cours de leur argumentation.

Mais notre seconde affirmation est plus importante encore et touche à un côté de la question qui n'a pas été abordé jusqu'ici. Le problème auquel nous sommes attaché n'est pas d'ordre intérieur, mais d'ordre international. Il ne suffit pas pour le résoudre de dégager la solution qui est en elle-même la meilleure, il faut encore que cette solution soit de telle nature qu'elle s'impose à l'observation, qu'elle représente véritablement le devoir des États les uns à l'égard des autres. C'est à ce titre seulement et suivant cette méthode que nous édifierons une théorie internationale.

Cette méthode me paraît la meilleure, parce que c'est par elle que l'on peut sauver le plus possible de l'effet utile de la loi dans les relations internationales. En mesurant, en effet, dans chaque cas la portée internationale d'une loi sur le but qu'elle poursuit, elle a le double avantage de ne point impliquer de principe à priori comme élément de décision et de réaliser dans la mesure du possible l'objet que le législateur s'est proposé d'atteindre, en faisant la loi en question. Et c'est tout ce que l'on peut faire, nous le savons. Il ne faut point se livrer à l'illusion et penser que les lois pourront avoir dans notre discipline la même plénitude d'effets qu'elles possèdent en droit intérieur. Pour que cela fût il faudrait chez tous les peuples une législation uniforme. Aussi longtemps que l'action de notre science se bornera à chercher la meilleure combinaison possible des lois des différents pays, on devra se résigner à admettre que les lois n'auront pas, de nation à nation, une autorité aussi complète que dans le sein d'une même nation. Réduire à son minimum cette déperdition fatale d'autorité en choisissant celle des lois en présence qui promet un résultat se rapprochant le plus du but à atteindre, n'est-ce pas la solution la plus sage, celle que commande la raison ?

122) Il ne suffit pas que la solution par nous préconisée soit meilleure en soi, il faut encore qu'elle se présente armée

d'une telle autorité que les États composant la communauté internationale soient obligés de l'appliquer. Il le faut, nous le répéterons une fois de plus (car il y a toujours des esprits à convaincre), parce que sans une obligation commune aux États il n'y a pas de droit véritable en notre matière, et si le droit fait défaut, il n'existe ni certitude, ni garantie dans les relations internationales d'ordre privé. La doctrine que nous présentons possède cette qualité. Elle est bien véritablement une doctrine internationale. Ceci demande quelques explications.

Nous avons démontré plus haut qu'un conflit entre deux législations est nécessairement un conflit entre deux pouvoirs souverains. Lorsque l'on se demande si un rapport donné tombe sous l'empire d'une loi ou d'une autre loi, on se demande fatalement auquel des deux législateurs il appartient de réglementer ce rapport. Quelques efforts que l'on ait faits en vue de donner à notre science une autonomie plus grande (et ces efforts ont été nombreux et variés), on n'est pas parvenu et l'on ne parviendra jamais à ébranler cette vérité qui est l'évidence même. Toute question de ce genre met donc en jeu l'étendue du pouvoir législatif de deux États au moins et constitue pour cette raison une question vraiment internationale. Cela étant, notre science doit, de toute nécessité, reposer sur une base commune à tous les États, cela à peine de ne pas exister comme discipline internationale et d'être reléguée au rang des institutions positives propres à chaque État, ce qui ramène fatalement au système démodé de la courtoisie.

123) Quelle pourra être cette base commune ? Elle ne peut être qu'un principe d'obligation ayant la même autorité et la même certitude pour tous les États, par conséquent un principe emprunté à quelque point certain du droit qui régit leurs relations mutuelles.

Voici quel est, d'après moi, ce principe. Personne ne conteste que les États ne se doivent mutuellement le respect de leur souveraineté. En doctrine, cette obligation

n'est contestée par personne. Elle peut être présentée sous la forme de la reconnaissance pure et simple de Lorimer[1], ou sous la doctrine plus parfaite de Jellinek[2], ou avec la généralité que nous lui avons donnée nous-même dans une étude antérieure ; un fait reste constant, c'est qu'il n'est pas actuellement de théorie de droit international qui ne mette cette obligation de respect au nombre de ses principaux ressorts. En pratique, toute concession faite à un État étranger apparaît comme une marque de respect pour la souveraineté de cet État, toute ligne de conduite régulièrement suivie dans les rapports entre nations (comme la neutralité en cas de guerre, par exemple) est un aveu permanent de cette obligation au respect. Les actions les plus simples, les plus naturelles, l'exécution d'un traité si l'on veut, seraient des actions inexplicables s'il fallait faire abstraction du respect dû à la souveraineté de l'État étranger. Cette idée est donc un facteur indispensable à l'intelligence du droit des gens et la base la plus solide que l'on puisse donner à la construction juridique des rapports existant entre États[3].

[1] « On peut définir la reconnaissance plénière, dit Lorimer (*Principes* ed. *Nys*, p. 72), la déclaration formelle du résultat d'un procédé inductif par lequel une entité politique se convainc qu'une autre entité possède une existence politique distincte, en d'autres termes, qu'elle est capable de remplir les devoirs de la vie internationale et peut, partant, en réclamer les droits. » En la forme cela est un peu barbare; cependant cette formule contient en germe la seule base solide que l'on puisse assigner au droit international.

[2] Jellinek, *System der subjektiven oeffentlichen Rechte*, pp. 302 et suiv. Cf. nos *Recherches sur les droits fondamentaux des États, etc.*, pp. 41 et suiv., et Fusinato, *La Scuola italiana, etc.*, p. 93. Ajoutons à ces autorités celle de Mommsen qui, dans l'article intitulé : *Wie ist in dem B. G. B. für Deutschland das Verhaeltniss des inlaendischen Rechts zu dem auslaendischen zu normiren ?* (*Archiv.*, t. LXI, pp. 172 et suiv.) exprime nettement cette idée que les États doivent se reconnaître réciproquement leur *Rechtsordnung*.

[3] On remarquera que Beaussire (*Droit naturel. — Fondement du droit*) présente cette obligation de respect comme la base commune de tout droit. Les idées de ce philosophe sont malheureusement assez vagues sur ce point. Il n'est pas douteux que l'on trouverait dans le droit privé

124) Comment se manifeste le respect de la souveraineté des États dans le domaine des conflits? De deux façons, directement par l'application d'une loi étrangère, indirectement toutes les fois qu'un État souffre qu'un de ses nationaux soit jugé à l'étranger d'après les dispositions d'une loi étrangère.

Les civilistes répondront que les États ne s'inquiètent nullement des lois dont application est faite à leur nationaux et qu'il est sans exemple qu'un incident diplomatique ait été soulevé pour une raison semblable. L'argument est un peu gros et ses auteurs oublient que tout magistrat est dans l'administration de la justice le représentant de l'État. Qu'il y ait là une participation directe à l'exercice du pouvoir souverain ou une simple délégation, cela importe peu. Ce qui est vrai aujourd'hui comme autrefois, c'est que toute justice émane du roi.

Lors donc qu'un magistrat applique une loi étrangère, l'État même reconnaît par sa bouche que le rapport litigieux appartient au domaine législatif d'une souveraineté étrangère; lorsque, saisi d'une instance en exequatur, il donne effet à une sentence étrangère qui a soumis un de ses nationaux à l'empire d'une loi étrangère, il constate de même qu'en ce qui concerne le rapport en question, ce national tombait sous la juridiction de la loi étrangère. Dans l'un et l'autre cas le juge, organe de l'État, manifeste d'une façon positive son respect pour la compétence de la loi étrangère, c'est-à-dire du pouvoir législatif étranger.

Que l'on n'objecte pas à cela que c'est en vertu de la volonté expresse ou présumée de son propre législateur que le tribunal agit ainsi. Cela est très vrai et nous en avons déjà donné la raison. C'est qu'à défaut d'un législateur suprême il faut bien que chaque État se fasse le définiteur de ses propres obligations à l'égard des États étrangers. La force des choses le veut ainsi. Mais cela n'em-

intérieur de nombreuses applications de cette idée, les diverses puissances familiales, par exemple, ou encore les droits publics de l'individu.

pêche pas qu'en ce faisant, le souverain ne consente une concession à la souveraineté étrangère. La preuve de cette affirmation est facile. Lorsque l'école anglaise et, à sa suite, les civilistes nous disent que la loi étrangère devient une loi intérieure, dont l'application est commandée par le droit intérieur, ils émettent une proposition insoutenable. Nous en avons déjà donné la raison. S'il en était ainsi, si la loi étrangère était choisie à raison de sa convenance au rapport de droit en question, ce serait toujours la loi choisie par le législateur intéressé qui devrait être appliquée. La loi étrangère aurait beau changer, ce que l'on appliquerait sous ce nom à l'intérieur, ce serait la loi étrangère telle qu'elle a été incorporée dans le droit intérieur, telle qu'elle existait au moment où le législateur local en a prescrit l'application. Une loi incorporée dans la législation nationale ne peut, en effet, être modifiée que par un acte de cette même législation.

Or personne n'a jamais attribué cette signification à l'admission des lois étrangères ; ce que l'on applique, c'est la loi étrangère telle qu'elle existe au moment où le juge statue sur l'affaire qui lui est soumise. Pour réconcilier ce fait certain avec la doctrine que nous combattons, il faudrait dire que le législateur local en acceptant la loi étrangère l'a prise non pas telle qu'elle était et telle qu'il la connaissait au moment où il dictait lui-même sa propre loi, mais telle qu'elle pourrait être à l'avenir, acceptant ainsi par avance et une fois pour toutes les modifications quelconques qu'elle pourra recevoir du fait du législateur étranger. Cela, est-ce l'acceptation volontaire de la loi étrangère? non pas, c'est l'acceptation consciente (sinon tout à fait volontaire) de la compétence du législateur étranger, ce qui est tout différent.

Une comparaison montrera cette différence. Il arrive fréquemment, grâce au principe dit de l'autonomie de la volonté, que le juge doit appliquer la loi étrangère parce que les parties ont entendu librement se référer à cette loi. De quelle loi étrangère s'agit-il alors ? De celle qui était en

vigueur au moment où les parties ont contracté. C'est la seule loi qu'elles aient pu connaître, la seule qu'elles aient choisie en connaissance de cause, la seule qui, dans leur silence, peut être présumée avoir été adoptée par elles.

Il n'y a aucune analogie entre les deux cas et ceci nous montre bien que ce n'est pas à la libre acceptation du législateur local que peut être rapportée l'admission des lois étrangères sur son territoire.

125) Nous avons insisté une fois de plus sur ces idées qui sont primordiales. Ceci posé, la moitié au moins de notre besogne est faite. Toute application d'une loi étrangère étant une concession faite à la souveraineté de l'État étranger, quelle règle devra donner la mesure de cette application ? La seule règle commune qui puisse s'imposer aux États est celle qui s'inspirera plus profondément de cette idée de respect, car les États ne peuvent rien se demander les uns aux autres si ce n'est de respecter réciproquement leur souveraineté. Pour emprunter à Montesquieu son expression célèbre nous dirons que c'est en respectant le plus possible leur mutuelle souveraineté que les États se feront dans la paix le bien le plus grand, ce qui est, suivant cet auteur, le véritable objet du droit des gens. A ce point de vue, la considération du but de la loi nous paraît avoir comme élément de solution une supériorité décidée.

Notre doctrine consiste, on le sait, à donner dans chaque cas la préférence à la loi dont l'application correspond le mieux au but de l'institution juridique dont il s'agit, à choisir la loi personnelle des parties en cause quand le but social en vue duquel la loi a été faite requiert surtout que celle-ci soit permanente, la loi du territoire où le fait juridique s'est passé quand le but de la loi exige sa généralité d'application. Entre deux lois égales à priori et qu'il est impossible d'appliquer en même temps, on retient donc celle qui réalisera le mieux ou le moins imparfaitement la

pensée qui a guidé le législateur lorsqu'il a fait la loi. On assure ainsi à la loi son maximum d'effet dans les rapports internationaux et en même temps on pousse à sa mesure extrême l'idée de respect mutuel de la souveraineté des États, car on décide de l'application des lois par l'intérêt qu'ont à cette application ceux qui les ont faites.

126) Un juge va statuer sur la capacité d'une femme étrangère incapable d'après son statut personnel, capable d'après la loi du lieu où l'acte a été fait. Il la tiendra pour incapable, même dans le silence de sa propre loi. Pourquoi? Parce que l'État qui a déclaré cette femme incapable aurait fait une chose inutile, s'il suffisait à cette femme de changer de territoire pour dépouiller son incapacité, tandis que l'État sur le territoire duquel l'acte a été fait est loin de pouvoir justifier d'un intérêt semblable. Ce n'est pas que la territorialité de sa loi sur la capacité des femmes mariées lui soit indifférente. L'existence d'une seule mesure de capacité applicable à tous est d'une grande commodité dans le commerce habituel des hommes. Mais, encore une fois, cet intérêt n'est pas comparable à celui qu'il a lui-même à la permanence de lois semblables. Ce qui le prouve, c'est que la législation intérieure maintiendra les effets de cette incapacité de la femme même à l'encontre des tiers de bonne foi. C'est pourquoi le juge appliquera sans hésiter la loi étrangère.

L'exemple inverse est identique. Un fou blesse une personne dans des conditions qui, d'après la loi du pays auquel les intéressés appartiennent, ne provoquent pas la responsabilité mais la provoquent d'après la loi du lieu où l'acte s'est passé. Les juges de ce lieu admettront la responsabilité, parce qu'il s'agit là d'une loi de sécurité publique et que la sécurité n'existe qu'autant qu'elle existe à l'encontre de toute personne. Sans doute la loi personnelle a ici qualité pour régler la conduite de ses ressortissants, mais cet intérêt doit s'effacer et disparaître devant l'intérêt plus grand du souverain du pays où l'acte a été commis.

Cette loi devra être considérée comme territoriale. Si l'on réfléchit au besoin d'une loi commune qu'entraîne après lui le commerce international, on conviendra qu'il n'est pas de formule qui s'adapte mieux à l'objet de notre science que celle qui, repoussant tout principe dogmatique établi à priori, juge chaque cas d'après les besoins que l'existence de la loi révèle et s'attache toujours à donner à ces besoins une satisfaction aussi ample que possible. La mesure de l'intérêt engagé est la seule mesure possible de conciliation entre États ayant une individualité distincte et n'obéissant pas à un supérieur commun. La nécessité d'une loi étant démontrée, c'est évidemment cette loi et celle-là seule qui s'impose à eux[1].

127) Notre solution suppose que les lois en conflit poursuivent toutes le même but social. C'est un postulatum indispensable à notre théorie et nous retrouvons là l'objection faite par M. Bartin dans sa théorie des qualifications. Il est possible, en effet, que deux lois relatives au même objet ne poursuivent pas le même but. Dans ce cas aucune communauté de droit ne pourra être établie et chacun appliquera chez lui sa propre loi. On ne voit pas de remède à des situations pareilles et il ne reste qu'à dire

[1] On a reproché à notre doctrine (Weiss, *Traité*, t. III, p 60) son indétermination. Je considère ce reproche comme étant l'effet d'une confusion. S'il est vrai que les circonstances de fait qui peuvent décider un législateur à faire une loi nouvelle sont indéfiniment variées, il n'en est pas de même du but que poursuivra cette loi. Le législateur visera toujours à remplir d'une façon plus complète sa fonction, son devoir envers ses subordonnés. Or le but de cette fonction, de ce devoir, est loin de se présenter à nous varié, incertain, indéfini. Nous essaierons de montrer dans le prochain chapitre que cet élément décisif, le but de la loi, s'analyse en quelques idées fort nettes et fort simples que l'on retrouve au fond des prescriptions légales les plus diverses. Au point de vue signalé par notre distingué collègue, nous pouvons prétendre que notre doctrine est singulièrement plus précise que celle de Savigny et aussi qu'elle donne à la notion d'ordre public une unité et une détermination que la doctrine italienne, dont il est le champion, n'a jamais pu lui donner.

(maigre ressource) que les États intéressés ne sont pas, sous le rapport du point de droit, en litige dans une condition qui permette d'organiser entre eux un système juridique rationnel.

128) Mais ces cas sont-ils bien fréquents? Certainement non. Nous n'en voulons d'autre preuve que la parité des institutions juridiques des divers pays. Que l'on compare l'une à l'autre deux sociétés envisagées à la même époque et l'on remarquera derrière la diversité des règles de droit la similitude à peu près parfaite des institutions juridiques. Ce sont souvent les mêmes mots et presque toujours les mêmes choses. Ce n'est pas sans doute que l'on ne découvre entre les législations diverses de fort nombreuses divergences de détail, mais elles existent bien moins dans la nature des institutions que touchant leur réglementation. Ces différences de réglementation ne décèlent point la présence de buts divers, ce sont tout simplement autant de moyens de parvenir à un même but. De cette identité fondamentale de lois ayant un contenu indéfiniment variable provient la possibilité et l'utilité des études de législation comparée.

Ces faits ne portent-ils pas en eux-mêmes leur enseignement? Si une législation peut facilement, comme nous l'avons constaté plus haut, être appliquée à des pays nouveaux, si d'une loi à l'autre on observe une similitude générale indéniable, n'est-ce pas parce que le droit correspond à des besoins qui se retrouvent identiques dans toutes les communautés civilisées? Aussi ce serait se forger une crainte vaine que de penser que l'application de la méthode rationnelle de solution des conflits puisse être gravement compromise par le défaut d'un but social analogue relevé entre deux institutions juridiques similaires de deux pays. Je crois cependant que l'on peut en rencontrer certains exemples entre États d'un système politique très différent.

Dans un État dont le régime successoral repose sur le

principe démocratique d'une égalité absolue on pourra se demander s'il n'y a pas quelque chose de contraire aux mœurs nationales et à l'ordre public à voir un étranger, fils d'étranger, venir réclamer par droit de primogéniture l'intégralité de la succession, même simplement mobilière, de son père. La question est fort délicate et sera examinée plus loin. De même on a vu notre jurisprudence repousser certaines incapacités en matière de mariage, de lettre de change, comme incompatibles avec notre état social ; de même encore des différences de ce genre peuvent exercer une certaine influence sur la condition des enfants naturels en pays étranger. Ces cas ne seront jamais qu'exceptionnels. Ils n'ont pas empêché une certaine communauté de droit de s'établir entre nations. Ils n'empêcheront pas davantage cette communauté de se développer suivant un mode plus normal et plus conforme aux données scientifiques du problème.

129) Ayant exposé ainsi le principe de notre méthode, il n'est pas inutile de lui assigner sa place parmi les opinions actuellement en cours. Notre doctrine n'a évidemment rien de commun avec la personnalité de Mancini comme avec la territorialité de M. de Vareilles-Sommières. Elle rejette comme établies à priori et comme également fausses ces deux idées que la nationalité de la personne intéressée est l'élément décisif de solution en matière de conflits de lois et que les lois sont territoriales parce que l'autorité matérielle de l'État est territoriale. Par contre, nous nous rapprochons davantage de la doctrine de Savigny et même de la théorie des statuts par certains côtés au moins.

On sait le reproche que nous faisons à la doctrine de Savigny. En disant qu'il faut se laisser guider par la nature des choses et rechercher pour chaque rapport de droit le domaine de droit propre à ce rapport, le grand jurisconsulte n'a exprimé qu'une idée confuse et inutile : confuse, parce que l'on ne peut apercevoir clairement ce

domaine de droit qu'il prétend être propre à chaque rapport; inutile, parce qu'il n'est personne parmi ceux qui étudient les conflits qui ne prétende leur donner une solution conforme à la nature des choses. Nous référant à la doctrine de Savigny, nous prétendons que, pour se conformer comme il le veut à la nature des choses, un seul élément est à considérer : le but social de la loi. La loi n'existe qu'en vue de son but. C'est son but qui mesure son effet en droit intérieur, c'est encore son but qui doit mesurer son effet en droit international. Nous sommes tout prêt à adopter la terminologie de Savigny, pourvu que par nature des choses on entende le but social de la loi et rien autre. On nous objectera certainement (car à une doctrine nouvelle toutes les objections possibles sont faites) que notre criterium n'est pas plus précis que celui de Savigny. Peut-être dira-t-on même qu'il ne diffère pas de ce dernier ? A la vérité nous craignons assez peu cette objection. Autre chose est de prendre en considération une circonstance quelconque, variable au gré de chacun et d'en inférer une règle sur l'effet international de la loi, autre chose de s'attacher toujours et invariablement au but social poursuivi par le législateur. Que le but d'une loi puisse être diversement apprécié, cela est vrai, mais cela rentre dans ces difficultés d'application qu'aucune doctrine n'évitera jamais. Et puis il ne faut rien exagérer. Ces dissidences seront elles-mêmes très rares. Nos études ultérieures le montreront suffisamment.

Avec la théorie des statuts notre parenté est moins étroite ; elle existe cependant. Non sans doute que les jurisconsultes statutaires aient jamais pensé à mesurer, de propos délibéré, l'effet d'une loi sur le but social qu'elle poursuit. Nous n'avons rien trouvé dans leur œuvre qui puisse autoriser chez nous cette illusion. Il paraît certain cependant que leur statut personnel n'était rien autre qu'une reconnaissance implicite de cette grande loi. Par elle-même la reconnaissance d'un statut personnel, alors que l'on proclame le dogme de la territorialité des lois, est

une contradiction. Nous l'avons maintes fois remarqué. Si les lois sont, par leur nature, territoriales, elles le sont toutes et il ne reste aucune place pour le statut personnel. Cette place fut faite cependant, plus large pour les uns, plus resserrée pour les autres, suivant leurs tendances et l'énergie de leurs convictions, mais toujours existante. C'est que nos anciens jurisconsultes, en hommes d'esprit et en praticiens experts qu'ils étaient, ne pouvaient pas se dissimuler que l'on destitue certaines lois de tout effet utile, si l'on n'admet pas qu'elles s'attachent à la personne qui leur est soumise et la suivent en tout lieu. Tous les principes cédaient en face de cette considération capitale : c'était un hommage involontaire à cette idée que l'on ne peut pas donner à une loi une portée contraire à l'objet qu'elle poursuit.

Il faut même remonter plus haut que les statutaires pour trouver l'origine première de cette méthode. L'un des procédés les plus familiers aux Bartolistes, lorsqu'ils raisonnaient et ne se contentaient pas d'appuyer les suggestions de leur équité sur des textes détournés de leur sens véritable, était de recourir à la distinction des statuts favorables ou odieux. Cette habitude ne disparut pas avec leur école[1]. La distinction des statuts favorables et odieux lui survécut et fut employée à titre subsidiaire par de nombreux jurisconsultes. On la rencontre encore chez ceux qui appartiennent à la dernière période de l'histoire ancienne de notre science. Or les statuts favorables étaient toujours déclarés extraterritoriaux. N'y a-t-il pas déjà là une reconnaissance de cette idée qu'une loi faite dans l'intérêt d'une personne déterminée doit, à peine de manquer son but, être appliquée en tout lieu à cette personne? Du reste on n'était pas d'accord sur les termes de cette classification et tel statut favorable pour les uns était, aux

[1] Elle survécut si bien aux postglossateurs que nous la voyons rappelée par Merlin *(Questions de droit,* Vᵒ Remploi, § III) qui cite à ce sujet une consultation délivrée par Mᵉ Gabriel, avocat à Metz.

yeux des autres, odieux. Bartole et Balde ont échangé des horions à cette occasion. Mais ce sont là des difficultés d'application qu'aucun système, si parfait soit-il, ne réussira à éliminer complètement.

Il semble même que la doctrine des postglossateurs a été supérieure, sur ce point, à celle des statutaires. Le terme de statut favorable n'est pas très expressif, celui de statut personnel l'est moins encore. Considéré en lui-même, il paraît embrasser toutes les lois, car il n'en est aucune qui n'ait la personne pour objet; mis en opposition avec le terme de statut réel, il ne comprend presque plus rien. On a peine, en effet, à trouver des lois concernant la personne et qui ne produisent pas en même temps leur effet sur les biens. Le criterium choisi par eux était donc décidément mauvais, mais l'existence même de cette classification universellement admise montrait que la considération du but de la loi entrait pour quelque chose dans leurs pensées. Quoi qu'il en soit, si l'on considère attentivement la théorie des statuts, on aperçoit qu'elle consiste essentiellement dans le principe de la territorialité des coutumes, principe mitigé dans une certaine mesure par la considération du but de certaines catégories de dispositions. Et cela nous autorise à dire qu'il existe une parenté éloignée sans doute mais encore reconnaissable entre cette célèbre doctrine et celle que nous adoptons.

CHAPITRE X

Classification des lois suivant leur but social.

130. De la possibilité de cette classification. — 131. Rôle du législateur en matière de droit privé ; son but. — 132. Analyse de la tâche du législateur. — 133. Protéger l'individu contre la société. — 134. Protéger la société contre l'individu. — 135. Lois permanentes de protection individuelle. — 136. Lois générales de garantie sociale ou d'ordre public. — 137. Les premières sont extraterritoriales ; les secondes territoriales. — 138. Procédé direct pour ranger les lois dans l'une ou l'autre catégorie. — 139. Procédé indirect. — 140. Les conflits entre lois de même nature ; absence d'une solution rationnelle dans certaines hypothèses comme l'abordage. — 141. Remède à cette lacune dans le droit positif des concessions volontaires.

130) En démontrant que l'effet international des lois doit être mesuré sur le but social qu'elles poursuivent, nous n'avons fait encore que la moitié du chemin qui doit nous conduire à la solution des conflits. Il faut maintenant rechercher si les lois peuvent, à ce point de vue, se prêter à une classification générale et quelle est cette classification. Cette nouvelle question n'est pas aussi essentielle que la précédente : elle n'en demeure cependant pas moins fort importante.

A supposer même que les lois ne se prêtassent pas à une semblable classification, il resterait vrai que la considération de leur but est l'élément décisif en notre matière internationale : seulement, dans chaque hypothèse il fau-

drait rechercher quel est le but social des lois en présence et quelles conséquences il comporte dans les relations internationales. Le secours d'idées générales sera donc ici particulièrement précieux. A défaut d'un pareil secours, notre théorie serait exposée au reproche d'imprécision que l'on adresse avec raison à la théorie de Savigny[1], elle conserverait cependant (sauf illusion de notre part) cette supériorité sur elle de reposer sur des vérités démontrées au lieu d'emprunter son point de départ à un postulat qui échappe à toute démonstration et que la pratique ne confirme pas, à savoir que la simple considération de la nature des choses conduit à une solution certaine des conflits de lois. Pour classer les lois au regard de leur but social, il est nécessaire de s'élever à la considération de la nature de la fonction législative en matière de droit privé. Quel est donc le rôle joué par le législateur en cette matière ?

131) Le droit privé est cette partie du droit qui concerne les rapports des particuliers entre eux. Le rôle du législateur est ici moins exclusif qu'il ne l'est en droit public. Alors que le droit public est créé de toutes pièces par le souverain, qu'il ne connaît que le citoyen dépositaire de la souveraineté et ne laisse presque aucune place à la volonté du simple particulier, le droit privé, moins absolu, se borne à placer sous sa direction et son contrôle les actions des simples particuliers, leur prescrivant certaines règles de conduite qu'ils doivent suivre en toute occasion et soumettant en outre à une réglementation appropriée les opérations qu'ils entreprennent ensemble. Le droit privé donne donc tout d'abord une direction aux actes des particuliers. Comme nous l'avons dit, il leur donne en outre une ga-

[1] Même dans ce cas notre doctrine demeurerait pourtant plus précise que celle de Savigny, car elle emprunterait ses solutions à un élément unique, le but de la loi, au lieu de se référer à l'une quelconque des circonstances de son application.

rantie, en ce qu'il assure l'efficacité des relations nouées en conformité de ses prescriptions et en fait de véritables droits, au lieu qu'il refuse et cette qualité et cet effet aux actes qui auraient été faits contrairement à ses prescriptions.

Quel est en cela le but poursuivi par le législateur ? Le souverain n'a pas, de par ses fonctions, le soin des intérêts des particuliers. Ses forces ne vont pas jusqu'à lui permettre de s'acquitter d'une tâche aussi vaste : c'est aux intéressés eux-mêmes qu'il appartient de s'en charger. Le législateur ne s'occupe des affaires des particuliers que quand un intérêt social l'invite à s'en occuper. Il est en effet le représentant de la communauté et c'est au point de vue de l'avantage commun que, par profession, on peut le dire, il envisage tous les rapports qu'il fait rentrer dans le domaine de son autorité.

L'action du législateur a donc toujours pour but final l'avantage de la société : cela est tout aussi certain qu'il est certain de dire que toutes les actions de l'homme tendent à son propre bonheur. Mais si cela est vrai, cela n'est pas assez précis pour nous édifier sur le but que poursuit le législateur en édictant un droit privé. Une analyse attentive de la tâche du législateur nous fournira sur ce point des lumières plus abondantes.

132) La tâche du législateur consiste à faire vivre des individus en société, non pas que la constitution de la société lui soit due, mais parce que, en tant que souverain, il a été préposé à cette société pour réaliser l'accord des intérêts divergents qu'elle réunit en un seul groupe. Or ces intérêts sont de deux sortes : il y a d'une part les intérêts sociaux communs à tous les membres de la société et il y a d'autre part les intérêts individuels qui varient d'une personne à l'autre et constituent le patrimoine de chacun, si l'on prend ce mot de patrimoine dans son sens le plus large et comme comprenant même les biens qui n'ont rien de pécuniaire. Le problème posé au législateur

du droit privé est toujours de trouver une formule qui ménage en même temps ces deux classes d'intérêts. Son œuvre se présentera invariablement sous la forme d'une transaction entre deux tendances qui se contrarient, la tendance communiste qui irait volontiers jusqu'à sacrifier à la communauté la liberté de l'individu, la tendance individualiste qui, exagérée, risquerait de mettre en péril la société par un respect trop absolu des droits de chacun.

Dans toute société le pouvoir souverain devra se manifester dans ce double sens, son caractère éminemment social le veut ainsi. Une société, à bien examiner les choses, n'est rien autre qu'une collection d'individus ayant chacun son individualité, ses intérêts, ses passions. Pour que la société vive, plus encore pour qu'elle prospère, il faut que ses membres y trouvent la satisfaction de leurs besoins, de leurs aspirations. Mais l'homme ne peut obtenir ces avantages que dans l'état de société : il est donc légitime et nécessaire de pourvoir avant tout aux conditions d'existence de la société.

Voilà donc deux séries de conditions qui s'enchaînent et si naturelles, si impérieuses les unes et les autres qu'il est vraiment impossible d'établir entre elles un ordre de préséance. Les restrictions mises à la liberté de l'individu par le droit privé s'inspireront elles-mêmes fatalement de l'un ou l'autre de ces deux motifs : protéger l'individu contre la société ou la société contre l'individu.

133) Il faut protéger l'individu contre la société, c'est-à-dire contre ses semblables. Cette protection s'exercera elle-même de deux façons. Sa forme la plus simple consistera à assurer à l'individu les fruits de son activité. De là vient la notion de patrimoine et celle de succession qui en est la suite, car la meilleure façon d'assurer à l'individu un droit exclusif sur ce qu'il a légitimement acquis ou conservé est bien de lui permettre de régler la destination de ses biens après son décès ou de s'inspirer de sa volonté dans la dévolution que l'on en fait à défaut de

volonté par lui exprimée [1]. C'est la forme la plus générale de protection, mais il en est une autre plus spéciale et qui se traduit par un nombre beaucoup plus grand de dispositions légales. Le législateur s'érige fréquemment en tuteur de l'individu lorsque, soit à raison de son âge ou de sa condition, soit à raison des circonstances, soit à raison de la seule gravité de l'acte par lui accompli, il a de justes raisons de craindre que sans le secours de la loi il ne mésuse de la liberté qui lui serait laissée.

Les moyens pris pour réaliser cette protection sont du reste très divers; tantôt on établira une véritable incapacité, tantôt on interdira un acte en particulier ou bien on permettra de revenir sur un consentement jugé irrégulier, tantôt on se contentera de l'exigence de certaines formes jugées suffisamment protectrices de la volonté de l'individu, mais le but poursuivi sera toujours le même et si l'on se demande pourquoi la loi a été faite, on verra que c'est pour donner une certaine protection à l'individu qui tombe sous le coup de ses dispositions.

134) Il faut aussi protéger la société contre les abus que les particuliers pourraient faire de leur liberté au détriment de tous. Les dispositions ayant cet objet se reconnaîtront à un caractère différent, elles visent la protection de tous et non pas seulement de certains et apparaissent sous la forme d'une réglementation générale. On les appelle souvent lois d'ordre public et cette dénomination, quoi que l'on puisse dire, est assez expressive car, de même qu'une règle d'ordre concerne à la fois tous les membres du groupe

[1] La propriété, le droit de succession ne sont pas, comme une certaine école voudrait le faire croire, des présents faits par le législateur à l'individu au détriment de la communauté. Ces droits sont nécessaires : ce sont les seuls moyens qui existent d'exciter jusqu'à son degré le plus haut l'activité humaine. Or tout bien social et tout progrès viennent du développement de l'activité des individus. Les fortunes, même les plus scandaleuses, doivent être respectées (si on ne peut pas les empêcher de se constituer), de peur que le remède apporté au scandale ne devienne pire que le mal.

pour lequel elle est faite, une loi d'ordre public s'adresse au même titre à toutes les personnes comprises dans la juridiction de l'État qui l'a promulguée. Dans une étude précédente nous avons adopté l'expression de lois de garantie sociale. Elle désigne les mêmes lois, mais en se plaçant plus directement au point de vue de leur objet, ayant l'avantage de mieux indiquer que les lois de cette sorte sont le résumé des conditions essentielles à l'existence paisible d'une société. On peut user indifféremment de l'un et l'autre termes.

Nous reviendrons dans un chapitre particulier sur cette catégorie de lois. Déjà on peut en soupçonner l'infinie variété. Un édifice aussi compliqué que l'est une société de nos jours demande un grand nombre de conditions d'organisation et de fonctionnement. Ces conditions, en tant qu'elles empiètent sur le domaine de la liberté individuelle, s'imposent à l'observation de tous ceux qui, en fait, sont compris dans cette société, car elle leur est également utile à tous. Certaines de ces conditions se réfèrent à l'établissement d'un ordre matériel dans la société : ce sont particulièrement celles qui ont trait à la police générale ou locale. D'autres visent à maintenir un ordre moral en l'absence duquel il a paru au législateur que les mœurs publiques courraient le risque d'être corrompues. Elles ne sont pas moins absolues que les premières. Des dispositions analogues reposent sur des idées un peu différentes de la simple idée d'ordre, par exemple sur la pure et simple nécessité, parce qu'il ne peut pas y avoir deux sortes de lois de ce genre appliquées concurremment sur le même territoire, ou sur les exigences de la sécurité, exigences d'où viennent les lois pénales, les lois de crédit public, les lois de publicité. C'est précisément dans cette extrême multiplicité que réside la difficulté bien connue de la définition des lois d'ordre public. Mais, en dépit de cette variété on observera chez elles un caractère commun, c'est qu'elles profitent également à tous les membres de la société dans le sein de laquelle on les trouve en vigueur, au

lieu que les lois ayant pour objet la protection de l'individu tournent toujours à l'avantage particulier de la personne qui en subit l'application.

135) Dans l'ordre intérieur la différence sera moins sensible entre ces deux catégories de lois ; ce n'est pas à dire cependant qu'une observation un peu attentive ne puisse, à certains signes, la discerner. Lorsque l'État lui-même et par ses délégués veillera à l'application de la loi, on peut être à peu près certain qu'il s'agit d'intérêts s'étendant à la communauté tout entière. Cette certitude cependant n'est pas absolue. De même, lorsque l'inobservation d'une loi a pour conséquence la nullité absolue de l'acte vicié, nullité invocable par tout intéressé, c'est que le principe qu'il s'agit de sauvegarder par ce moyen a été établi dans l'intérêt de tous. Au contraire, s'il s'agit d'une garantie donnée à une personne en particulier, il est logique que cette personne seule possède la sanction destinée à venger la violation de la loi. La distinction des nullités absolues et des nullités relatives est donc l'expression d'une idée assez semblable à celle dont nous nous inspirons ici.

Ce ne sont que des analogies et nous n'avons, pour le moment, d'autre objet que de montrer que la considération de la personne appelée à bénéficier de l'application d'un rapport de droit n'est pas sans influence même sur le droit intérieur.

Cette classification des lois correspond bien, à notre avis, à celle que nous avons établie précédemment au point de vue des relations internationales. Les lois essentiellement permanentes sont, avons-nous dit, les lois extraterritoriales. Les lois essentiellement générales sont les lois territoriales. Nous disons maintenant : les lois faites dans l'intérêt de la personne sont les lois permanentes ; les lois faites dans l'intérêt de la communauté sont les lois générales. Aidée par les explications déjà données, la démonstration de ce dernier point sera facile. Les lois faites

en considération de la situation particulière à une personne tendent toujours et nécessairement à la protéger. Or il est évident qu'une protection n'atteint son but qu'autant qu'elle est continue. Il faut qu'elle dure aussi longtemps que le danger auquel elle sert de contre-partie, sans cela elle serait inefficace. On peut user ici d'une comparaison bien vulgaire mais bien frappante. Quand il pleut, on ouvre son parapluie et l'on prend bien soin de ne pas le refermer avant que l'averse ait cessé. Si on l'ouvre et si on le ferme tour à tour, on se mouille et c'est exactement comme si l'on n'avait pas de parapluie du tout. Il en est des lois de protection individuelle comme de ce modeste et utile compagnon. Il faut qu'elles agissent sans cesse, du moment où la protection est devenue nécessaire jusqu'à celui où elle cesse d'être utile. Ce sont des lois essentiellement permanentes et qui manqueront inévitablement leur but si elles n'accompagnent pas la personne en tout temps et en tout lieu[1].

136) Il en est tout autrement des lois de garantie sociale ou d'ordre public. Chacune de ces lois représente quelque principe jugé indispensable à l'existence paisible d'une société et à la satisfaction des besoins communs aux membres qui la composent. Les infractions qui peuvent y être faites réfléchissent sur la société tout entière ; il n'en faut pas davantage pour voir que des infractions de ce genre ne peuvent pas être tolérées de la part des étrangers

[1] Savigny (*Système*, t. VIII, trad. Guenoux, pp. 36 et suiv.) décide du caractère plus ou moins absolu de l'autorité de la loi par des considérations assez semblables. Une loi concernant l'intérêt des personnes titulaires de ces droits peut sans inconvénients être extraterritoriale, celle qui ne présente pas ce caractère est, au contraire, territoriale. Il n'essaie pas de définir cette dernière classe de lois et commet, à notre avis, une erreur certaine lorsqu'il dit (après Waechter) que la portée internationale de la loi dépend avant tout de l'intention du législateur qui l'a faite. Déjà, dans l'ancien droit, Guy Coquille (*Questions sur les coutumes*, quest. 131) et Bouhier (*Observations*, ch. XXIV, n° 5) avaient aperçu la véritable raison de la personnalité des lois de protection individuelle.

plus que de celle des nationaux. Ces lois s'appliquent donc également aux étrangers et même, si une différence pouvait être faite, elle devrait être contraire à ces derniers dont la présence sur le territoire peut devenir pour l'État la source de dangers spéciaux. Le droit pénal fournirait la justification la plus élémentaire de ces idées, mais laissons le droit pénal de côté et prenons pour exemple la loi qui oblige toute personne à réparer le tort causé par ses délits ou quasi-délits civils. Elle n'est évidemment pas faite dans l'intérêt de la personne qui en subit l'application et cela est apparent surtout dans les quasi-délits. Il peut sembler dur de faire peser sur une personne les suites souvent très graves d'une simple omission, d'une négligence involontaire. Cependant c'est une loi nécessaire et que l'on retrouve partout. On dira avec plus de raison que cette loi a été faite dans l'intérêt de la victime du délit, mais une analyse un peu attentive montre que le but principal de cette loi n'est pas encore là.

D'abord souvent une réparation véritable est impossible et l'indemnité versée représente plutôt un enrichissement qu'une véritable réparation. Une somme d'argent ne remplace pas le bras ou l'œil que l'on a perdu, surtout si l'on ne tirait pas de ce bras ou de cet œil ses moyens d'existence. En cas d'atteinte à l'honneur la dissonance est encore plus flagrante. A quoi peut servir alors l'allocation d'une somme d'argent? La règle est générale cependant. C'est que le véritable but d'une loi semblable est bien moins d'assurer une indemnité à la victime du délit ou du quasi-délit que de pourvoir à la sécurité des relations sociales par la menace d'une responsabilité indéfinie. On conçoit qu'une loi semblable ne peut souffrir aucune diversité dans son application aux étrangers et aux nationaux. Les lois de garantie sociale présentent ce caractère d'imposer aux personnes qui en subissent l'effet une restriction de liberté sans compensation. Ce n'est pas la personne qui recueille le bénéfice du sacrifice qu'elle doit consentir, c'est la société tout entière : quant à la personne particu-

lièrement intéressée dans chaque cas, la charge qui lui est imposée est purement une charge.

A cause de cela un législateur respectueux de la liberté de ses sujets se gardera bien de multiplier ces lois à plaisir. Il les maintiendra dans les limites du strict nécessaire. En ce sens ces lois peuvent être dites exceptionnelles. Mais il ne faudrait pas conclure de là qu'en matière internationale l'extraterritorialité est la règle et la territorialité l'exception. Au regard du législateur qui les écrit, ces lois ont quelque chose d'exceptionnel, mais pour le jurisconsulte qui en cherche la portée elles sont très régulièrement territoriales, elles le sont pour la même raison qui rend extraterritoriales les lois de protection individuelle. Nous n'avons donc pas ici une règle et une exception comme le voudrait l'école italienne, mais deux règles parallèles, fondées sur le même principe, douées de la même valeur.

137) Nous avons montré ainsi que les lois ayant pour objet la protection de la personne sont essentiellement extraterritoriales, celles qui tendent directement à l'avantage de la communauté essentiellement territoriales. Pour que la démonstration soit complète, il reste à faire voir que ces lois ne présentent pas au même degré les caractères opposés. L'État a-t-il intérêt à ce que toutes les personnes qui vivent et agissent sur son territoire soient régies par une même loi de protection ? Oui, certes. Si cela était possible, une grande simplicité de relations s'ensuivrait et personne ne courrait le risque d'éprouver un préjudice ayant sa source dans la méconnaissance des qualités particulières d'un cocontractant. Mais cet intérêt n'est pas majeur et le danger n'est pas très grand, étant de ceux dont une prudence ordinaire peut préserver. Et ce qui prouve que le danger n'est pas grand, c'est que le droit intérieur passe outre à cet inconvénient en décidant que certaines incapacités qu'aucun signe extérieur ne révèle aboutissent cependant à l'annulation de l'acte accompli. Donc ici la généralité n'a rien de nécessaire et la territorialité ne se

recommande pas des raisons urgentes qui appuient l'extraterritorialité.

Il en est de même pour les lois de garantie sociale. Leur extraterritorialité a pour elle que chacune de ces règles représente une règle de conduite qu'il serait souhaitable de voir toujours observer. Mais leur but ne va pas au delà des limites du territoire. Ces limites passées, l'individu tombe dans le domaine d'une autre société qui a elle-même ses besoins, ses exigences, ses dangers particuliers. L'application d'une loi personnelle n'aurait plus alors la même raison d'être, et elle méconnaîtrait ce principe de bon sens qu'un homme doit d'abord obéir aux lois jugées nécessaires au bien de la cité dont il est l'hôte. Sur ce terrain encore l'égalité n'existe pas, la comparaison n'est pas même possible.

Notre doctrine ramène donc le problème de la portée internationale des lois aux termes suivants : une loi est-elle faite pour le bien de l'individu ou pour l'avantage direct de la communauté?

138) Comment arrivera-t-on à distinguer les lois appartenant à ces deux catégories? La chose ne sera pas toujours facile. Cependant, le plus souvent, on arrivera dans cet ordre d'idées à la certitude, soit par un procédé direct, soit par un procédé indirect. Le procédé direct consiste à se demander à qui profite la loi, à l'individu ou à la communauté. Il faut ici bien préciser le sens des termes. Toute loi contient une restriction à la liberté de l'homme. Lorsqu'on se demande si elle profite à l'individu pour qui elle est faite, c'est nécessairement de l'individu dont elle restreint la liberté qu'il s'agit. C'est celui-là qui supporte le fardeau de la loi, c'est par rapport à lui que la question a son sens. Du moment que le bien ne se réalise pas en la personne de celui au prix de la liberté de qui il est acheté, la loi est une loi de garantie sociale. Il importe peu alors que ce soit la communauté tout entière qui bénéficie de l'application de la loi (comme cela arrive quand

un criminel expie son crime) ou que ce soit un membre quelconque de cette communauté, comme le second acquéreur d'un immeuble déjà vendu qui fait transcrire son titre avant le premier. Il demeure toujours vrai que la personne qui profite de l'application de la loi n'a aucun titre particulier qui explique le profit qu'elle en retire. Sa seule qualité de membre de la communauté suffit à justifier l'avantage qui lui est procuré, et encore faut-il dire que cette expression est ici beaucoup plus large que celle de citoyen et comprend toutes les personnes ayant un intérêt quelconque sur un territoire déterminé. Ces lois, n'ayant rien de personnel au sens ancien du mot, sont donc faites pour la communauté tout entière. Ce sont des lois territoriales.

139) Cette voie directe suffira, dans la plupart des cas de conflit, à montrer si la loi dont on cherche à déterminer le caractère est territoriale ou extraterritoriale. On peut aussi employer le procédé inverse qui, comparé au précédent, est encore l'application de la même méthode. Au lieu de se demander qui recueille le bien de la loi appliquée, on peut rechercher qui supporte le mal de la loi non appliquée, s'il en résulte un danger qui menace également une personne quelconque ou si l'inconvénient qui en découle se localise sur une tête et laisse toute autre personne indifférente. Voici une loi qui défend le dépôt des matières explosives ou inflammables à proximité des endroits habités. Si elle n'est pas observée, toute personne est menacée par le fait de cette inexécution. Opposons à cette loi la disposition de nos codes qui défend la donation de biens à venir. En la supposant négligée, ce seront les seules personnes auteurs de semblables donations qui en souffriront; à toutes autres personnes la violation de la loi est indifférente.

A bien considérer les choses ce dernier procédé est peut-être celui qui est le plus exactement calqué sur les termes du problème. On ne doit pas oublier, en effet, que

toute solution donnée à un conflit prive la loi de l'un de ses deux effets naturels. Il est donc fort logique de se demander lequel des deux sacrifices possibles est le moindre, s'il vaut mieux, à ce point de vue, dispenser une personne de son application sur le territoire ou s'il est moins dangereux d'admettre qu'elle ne suit pas le sujet à l'étranger. Quel est le moindre mal, la question est toujours là. Les principes de notre méthode se trouvent ainsi exposés, nous nous réservons d'en montrer ultérieurement les principales applications.

140) Nous avons supposé jusqu'ici un conflit se produisant entre une loi que l'on prétend applicable à titre de loi territoriale et une autre loi que l'on invoque comme loi personnelle. C'est en effet entre la territorialité et l'extraterritorialité que le doute existe le plus souvent : c'est ce qui fait qu'il faut décider, avant tout, de la nature de la loi en question à ce point de vue. Mais ces conflits ne sont pas les seuls, s'ils sont les plus fréquents, et il peut arriver qu'une question mette en présence deux lois de même nature et entre lesquelles cependant l'hésitation peut être grande. Ces problèmes sont les plus difficiles de tous.

Ici l'exemple classique nous est fourni par l'abordage. C'est un cas malheureusement fort pratique et scientifiquement fort curieux. Les lois qui mesurent les responsabilités en cas d'abordage sont, sans aucun doute, des lois de sûreté, donc des lois d'ordre public ou de garantie sociale, donc des lois territoriales. Il n'est pas douteux qu'un abordage qui se produit en rivière ou dans la mer territoriale d'un pays ait ses conséquences régies par la loi de ce pays. Lorsque l'abordage a lieu en pleine mer, la question est infiniment plus délicate. Il n'est pas douteux non plus qu'entre vaisseaux portant le même pavillon la loi commune doit être appliquée. C'est encore un cas où une loi territoriale se mue en loi personnelle. Plus exactement, c'est encore une preuve de la personnalité des lois, dans

lesquelles le caractère territorial est cependant prépondérant.

Mais entre vaisseaux portant un pavillon différent, la question est presque insoluble. De l'abordeur ou de l'abordé, quel est celui dont la loi doit triompher dans ce litige? Voilà un conflit qui s'élève entre deux lois personnelles ou fonctionnant dans leur qualité de lois personnelles et qui ont l'une et l'autre le même titre à se voir appliquées. Ce sont des lois protégeant la navigation contre les risques que peuvent lui faire courir l'imprudence ou l'inexpérience d'autrui. On sait les difficultés de cette question : elles proviennent précisément de ce que entre les deux lois concernées l'égalité est parfaite. On dirait vainement que la loi de l'abordé doit l'emporter (lorsque l'abordé peut être déterminé avec certitude) parce que c'est lui qui est à protéger. Les deux lois font ici fonction de lois de protection et on ne saurait admettre qu'un même cas soit soumis à des lois différentes suivant le rôle joué par les parties à l'instance. Appliquer simultanément les deux lois n'est pratique que lorsqu'elles présentent une similitude générale : on sera conduit alors à adopter la plus petite des deux mesures qu'elles prescrivent parce que c'est la seule sur laquelle leur coïncidence se produise Ce système est lui-même assez imparfait. En désespoir de cause on a proposé l'application de la loi du tribunal saisi. Cet expédient ne peut s'autoriser que d'une raison générale et vague : à tout procès il faut une loi qui permette de le vider. Faute de toute indication, le tribunal appliquera sa propre loi, mais alors aucune communauté de droit ne sera possible et la portée de chaque loi dépendra du choix accidentel d'une juridiction, parmi celles que les lois intérieures de chaque pays autorisent à connaître du procès [1].

[1] L'application de la *lex fori* est consacrée par la législation et la jurisprudence anglaise (v. Dicey, *loc. cit.*, pp. 663 et suiv.) ; elle l'est également par notre pratique française (cf. Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, t. II, p. 290). Cette solution, dictée par la nécessité, a pour conséquence de subordonner la compétence législative à la com-

Les cas de ce genre n'ont pas de solution rationnelle : l'intérêt des États représentés par leurs lois étant le même, il n'y a plus de moyen de décider entre eux. Il faut faire appel au droit positif, lois, traités, coutume, qui seul peut combler la lacune laissée par l'application des principes.

Toutes les hypothèses de conflits entre lois de même caractère ne soulèvent pas des difficultés aussi graves. Il arrive fréquemment qu'à l'occasion d'un rapport juridique de nature personnelle, plusieurs statuts personnels et par conséquent plusieurs lois se trouvent en présence entre lesquelles il faut choisir. Le droit de la famille offre de nombreux exemples de difficultés de cet ordre. Elles ne sont pas toujours insolubles et souvent il est facile de déterminer celle des personnes concernées dans l'intérêt de laquelle le rapport a été établi et dont la loi sera exclusivement compétente. Ailleurs le doute est possible et l'embarras subsiste. Nous le verrons mieux plus tard dans le paragraphe consacré à ces questions subordonnées.

Est-il possible qu'un conflit se produise entre deux lois l'une et l'autre territoriales ? Oui et non. Sur le territoire régi par l'une des lois intéressées cela ne se peut pas, précisément parce qu'il s'agit de lois territoriales que le juge a le devoir d'appliquer à tous sans distinction. Mais dans un État tiers il n'en est plus de même. Il se peut fort bien que le juge d'un État désintéressé dans le conflit ait à se prononcer sur la valeur respective des prétentions de deux lois à effet territorial. Des questions de ce genre peuvent s'élever, notamment en matière de compétence. Entre deux actes contradictoires passés par les autorités de deux pays différents, conformément à la loi locale, un tribunal étranger aux deux pays peut avoir à se prononcer. On n'aperçoit pas la solution rationnelle de semblables questions. Il est certain que la compétence est matière territoriale et que le droit international, s'il peut neutraliser les

pétence judiciaire, alors que, si l'établissement d'une hiérarchie de ce genre était nécessaire, le contraire vaudrait beaucoup mieux.

résultats les plus choquants, n'a pas mission de plier les nations à l'observation d'un droit positif unique. On se tire généralement d'affaire en s'inspirant des raisons d'équité, de similitude, de convenance. Tout cela ne saurait fonder une doctrine certaine. Sur ce point, comme précédemment, il appartient au droit positif de combler les lacunes de la théorie et, comme le disent bien les Allemands, de faire œuvre d'assistance juridique internationale. Si l'hypothèse d'un droit extranational, mise en avant par Jitta, pouvait se concilier avec la souveraineté des États, c'est dans des cas pareils que sa réalisation paraîtrait plus plausible[1].

141) Après avoir justifié du fondement de notre méthode, nous en montrons ainsi les lacunes. L'aveu de ses imperfections ne nous coûte pas : elles sont en quelque sorte la rançon de sa légitimité. Seules, des solutions fantaisistes ont un remède prêt à tous les maux. Quant à la science elle ne peut ici mériter son nom de doctrine raisonnée et sûre qu'en se résignant à être imparfaite. Entre États que nulle organisation supérieure ne coordonne, les points de contact, si nombreux qu'ils soient, ne remplacent jamais la continuité exacte de l'État unique. Il y aura toujours des points où aucune communauté de droit ne sera possible. Nous en connaissons quelques-uns, nous en rencontrerons encore d'autres, il en sera ainsi toutes les fois où les intérêts des États divergeront assez pour qu'un terrain de conciliation ne puisse pas être trouvé.

Là est le mal inévitable auquel le droit positif des concessions volontaires peut seul apporter un remède.

[1] La nationalité fournit aussi des cas assez fréquents de conflits entre lois d'ordre public, par exemple lorsqu'une personne appartient à une nationalité par sa naissance et à une autre par l'effet de son établissement à l'étranger. Si la nationalité de cette personne est débattue à la barre du tribunal d'un État tiers, que décidera le juge ? La question est fort difficile et ne paraît pas toujours susceptible d'une solution rationnelle. On le verra plus loin.

CHAPITRE XI

De la détermination du statut personnel.

142. Position de la question. Terminologie. — 143. Les deux systèmes en présence pour déterminer le statut personnel. — 144. Réfutation de ces deux opinions quant à leur méthode. — 145. Compétence de la loi nationale en matière de lois de protection. — 146. Compétence subsidiaire de la loi du domicile imposée par la nécessité dans certains cas. — 147. Absence de nationalité. — 148. Double nationalité. — 149. Délégation faite à la loi domiciliaire par la loi nationale. — 150. Réfutation de la théorie du renvoi; la loi nationale est le statut personnel de l'individu. — 151. Application de notre principe. — 152. Difficultés particulières; tutelle. — 153. Filiation légitime et naturelle. — 154. Adoption. — 155. Actes à titre gratuit; pactes sur succession future. — 156. Impossibilité de trouver une solution rationnelle. — 157. Influence des variations de la loi nationale sur le statut personnel; détermination du moment où il fonctionne. — 158. Légitimation; reconnaissance d'enfant naturel. — 159. Inexistence du statut personnel des personnes morales.

142) Les matières traitées dans les précédents chapitres appellent immédiatement la solution de deux questions : qu'est-ce que le statut personnel? qu'est-ce que le statut réel? En précisant davantage, voici sous quelle forme ces questions peuvent être présentées : 1° étant donné que les lois qui touchent à la protection de la personne sont extraterritoriales et suivent partout la personne qui leur est sujette, de quelle circonstance va dépendre ce lien de sujétion, et quelle loi sera pour chaque personne

sa loi personnelle ? 2° de même, sachant que les lois qui poursuivent la réalisation d'une idée de garantie sociale ou d'ordre public sont territoriales, quelle loi fonctionnera dans chaque cas de cette espèce comme loi territoriale, soumettant à son empire tous les rapports qui se forment, se modifient ou se dénouent sur son territoire ?

Occupons-nous pour le moment de la seule détermination du statut personnel. Une observation de terminologie est tout d'abord nécessaire. Lorsque l'on se pose une question engageant la définition des mots de statut personnel, on a pour premier devoir de bien la préciser, et la chose est ici d'autant plus nécessaire que cette même expression est prise suivant les cas dans trois sens différents. On appelle statut personnel l'ensemble des lois qui suivent la personne ou lois extraterritoriales. On dira en ce sens que les lois sur l'état et la capacité de la personne rentrent dans le statut personnel, tandis que le régime de la propriété immobilière fait partie du statut réel. Cette acception est la plus générale qui puisse être donnée à l'une et à l'autre de ces expressions.

Puis vient un second aspect qui est ici le nôtre. Le statut personnel sera, dans cet autre sens, la loi qui régit une personne déterminée dans les matières soumises à la règle internationale de l'extraterritorialité. On dit en ce sens que la loi française constitue le statut personnel du français aux termes de l'art. 3, § 3, du code civil. On pourrait dire dans le même sens que la loi de la situation est le statut réel de l'immeuble, mais on ne le dit pas par cette bonne raison que, d'après la doctrine traditionnelle, la loi de la situation des biens était la seule loi dont la compétence fût reconnue en matière réelle. On savait ce dont il s'agissait lorsqu'on parlait de loi territoriale et il était dès lors inutile de créer une autre expression que celle-là. Nous verrons, au contraire, que de nos jours la loi compétente en matière territoriale est plus difficile encore à déterminer qu'en matière extraterritoriale.

Enfin, dans un troisième sens fort usité autrefois, mais

que la marche des idées a dépouillé d'une grande part de sa valeur, on désignait sous le nom de statut personnel les lois ayant la personne pour objet. A une époque où l'on pensait qu'une loi ne peut être personnelle (ou extraterritoriale) quant à son effet, qu'à la condition de l'être quant à son objet, il était fort important de déterminer quelles lois ont la personne pour objet. Dans la théorie des statuts, ce troisième sens l'emportait encore sur les deux autres. Il en est autrement aujourd'hui. Certes, s'il est un point sur lequel l'antique théorie paraît définitivement ruinée, c'est bien celui-ci. Toutes les lois sans exception s'adressent aux personnes, et prétendre prendre pour base de la distinction ce caractère qu'une loi a pour objet la personne est entreprendre une œuvre condamnée par avance à l'insuccès. Cette signification ne mérite donc plus de nous occuper.

En cherchant bien on trouverait encore que l'expression statut personnel a été employée dans un quatrième sens. Il en sera dit quelque chose au sujet des droits acquis.

Quelle est, au milieu de ces acceptions diverses, celle qui mérite d'être maintenue? A notre avis c'est la seconde. Un statut personnel est, en suivant le sens des mots, une loi qui s'applique à une personne, la régit et l'accompagne partout. C'est une loi et ce n'est pas un certain ordre de rapports, un certain nombre de matières de droit. L'emploi de ce mot dans ce dernier sens est donc abusif et ici l'abus a consisté dans une ellipse un peu hardie. On dit statut personnel pour éviter la formule plus longue de matières régies par le statut personnel ou l'expression quelque peu barbare de rapports extraterritoriaux. Il n'est pas moins vrai que le sens véritable du mot est tel que nous venons de l'indiquer; celui qu'il revêt dans la question que nous allons maintenant étudier.

143) Comment donc va se déterminer le statut personnel? La question est des plus délicates, mais elle n'est devenue telle que récemment. L'ancien droit ne connut

que vers la fin de sa carrière certains doutes sur ce point. Traditionnellement le statut personnel était pour chacun la loi de son domicile et l'on entendait par ce mot la loi du domicile actuel, de celui qu'avait la personne au moment où elle accomplissait l'acte juridique. C'était la loi du domicile actuel qui régissait la personne dans le petit nombre des matières de droit soustraites à l'influence de la loi du territoire. On a assigné deux causes à cette règle coutumière. Certains ont voulu y voir une dernière suite de l'assujettissement féodal de l'homme à la terre. Leur opinion se concilie mal avec la faculté qui était incontestablement reconnue à l'individu de changer de domicile, au moment où la théorie des statuts était dans sa fleur. Plus sensément d'autres la rapportent à cette circonstance qu'à l'époque où les diverses provinces d'un même État étaient régies par des lois différentes, il était impossible d'appliquer à l'homme, considéré en tant que personne agissante et indépendamment de ses biens, une autre loi que celle de son domicile. Ceux-ci ont sans doute raison. Lorsqu'on a recherché quelle loi pouvait être considérée comme plus particulièrement relative à une personne donnée, la loi du domicile s'est présentée tout d'abord et, comme cette idée n'avait rien de déraisonnable, elle a persisté.

Au XVIIIe siècle, il est vrai, quelques auteurs jugèrent que la coutume d'un domicile susceptible de changer au gré de l'intéressé n'avait pas toute la fixité que l'on doit désirer dans une loi destinée à accompagner perpétuellement la personne. Ils songèrent alors à appliquer à certaines matières rentrant dans la capacité générale la loi du domicile d'origine[1] qui possède, elle, toute la fixité possible, mais qui a

[1] C'est la distinction proposée par Froland (*Mémoires sur les statuts*, t. I, ch. VII, n° XIV) et approuvée ensuite par Bouhier (*Observations*, t. I, ch. XXII, n. 6 et suiv.) que l'adhésion de Boullenois paraît avoir entraînée (*Dissertations*, 2° question). Ce sont des considérations pratiques très variées, du reste, qui ont porté ces illustres jurisconsultes à répudier sur ce point la doctrine de d'Argentré. La principale est tirée des graves inconvénients qui se produiraient, si une personne devenait successive-

le grand tort de n'être que le souvenir d'un fait, lorsque l'individu a changé de domicile. Cette innovation a été passagère : elle ne paraît avoir laissé aucune trace dans les législations qui continuent encore à rattacher au domicile la notion de statut personnel. Actuellement c'est entre la nationalité et le domicile que la controverse s'agite. La doctrine et la pratique sont divisées sur ce point, mais de part et d'autre on peut observer une tendance à reconnaître la compétence de la loi nationale et à limiter celle de la loi domiciliaire aux seuls cas où la première ne saurait être appliquée.

On sait comment cette question se traite d'habitude. On compare les avantages et les inconvénients que peut présenter l'application de l'une ou l'autre des deux lois en présence et, suivant les résultats de cette enquête, on se décide tantôt pour la loi nationale tantôt pour la loi du domicile.

Les partisans du domicile ont pour eux l'autorité toujours considérable de la tradition, autorité moins grande ici qu'ailleurs pourtant, car à l'époque où il n'existait nulle part de droit privé national l'adoption de la loi du domicile était presque obligatoire et, en tout cas, ne pouvait pas

ment majeure et mineure, capable et incapable, par un simple changement de domicile. Boullenois est particulièrement fécond sur ce point. Il lui paraît qu'une doctrine sage ne doit pas priver une personne du bénéfice d'une loi faite en considération des qualités et des défauts propres au peuple dont elle fait partie et aussi que l'état des personnes ne saurait être vacillant, qu'il doit dépendre d'une loi fixe et invariable. Le même auteur, dans une explication qu'il donne (p. 48) d'une opinion de Desmasures, montre clairement la liaison existant entre son système et celui qui devait plus tard aboutir à la reconnaissance de la compétence de la loi nationale. Il est à noter que par domicile d'origine on n'entend pas le lieu où la personne est née, mais ce que Froland (*Mémoires*, p. 1581) appelle le lieu de la naissance non accidentelle et qui paraît être, d'après Boullenois et la glose, le lieu de naissance du père (v. cep. l'opinion de Tronçon, dans Boullenois, *loc. cit.*, p. 54). Cette définition de l'origine nous paraît meilleure que celle donnée de nos jours en matière d'annexion où l'on entend par origine le lieu de naissance de l'enfant.

être interprétée comme une marque de préférence donnée à cette loi sur la loi nationale. Ils argumentent également de ce qu'il est fort naturel de soumettre la personne à la loi du lieu dont elle a fait le centre de ses intérêts, de ses affections, de son activité. On n'observe pas, lorsque l'on fait cet argument, qu'en le supposant même prépondérant, il est vrai du domicile réel et non pas du domicile légal. Or, au point de vue qui nous occupe, on a rarement fait une différence entre ces deux sortes de domicile[1].

A cela les partisans de la nationalité répondent qu'une loi destinée à s'appliquer d'une façon continue à la personne doit être avant tout une loi stable et que, précisément, le domicile n'offre aucune stabilité. La nationalité, elle, n'est pas non plus immuable, mais elle a sans doute une fixité bien plus grande[2]. Il est relativement difficile de changer de nationalité, et cette seule raison mérite de recommander le parti auquel ils s'attachent. Leur principale raison n'est pas encore là. Elle réside dans les considérations que faisait valoir Mancini à l'appui de son fameux système. Les lois nationales sont faites pour les personnes de la nationalité. Elles s'inspirent de leur caractère, de leurs habitudes, des conditions de leur existence. Ces raisons ne sont peut-être pas telles, que l'on puisse affirmer avec Mancini que les lois sont par nature extraterritoriales, mais elles sont assez fortes pour faire décider que dans le domaine de l'extraterritorialité la loi compétente est la loi nationale.

[1] Il est à remarquer cependant que dans la matière des changements de nationalité résultant de l'annexion, la pratique montre une tendance à tenir compte exclusivement du domicile réel, même pour les personnes qui, étant soumises à la puissance d'autrui, ont leur domicile chez leur représentant.

[2] La loi nationale elle-même n'a pas la rigidité absolue que possédait dans l'ancien droit la loi du domicile d'origine, mais pratiquement il semble bien qu'il y a un moindre mal à souffrir les changements d'état résultant des changements de nationalité qu'à soumettre une personne à la loi d'un pays avec lequel elle n'a conservé aucun lien.

On objecte parfois aux partisans de la nationalité qu'il n'est pas facile dans tous les cas de déterminer de quel État une personne est sujette. Ils peuvent repousser ce reproche, en montrant la place que tient chez les auteurs anglais la simple détermination du domicile. De ce côté, en effet, les difficultés ne sont pas moindres que de l'autre.

144) Je repousserai également ces deux systèmes, non à raison de leurs conclusions, mais à raison de leur méthode que je considère comme vicieuse et insoutenable. L'un et l'autre partent en effet de cette idée première d'un choix à faire entre la compétence de la loi nationale et celle de la loi domiciliaire. Leur choix les porte à des solutions différentes, mais ils sont d'accord sur ce point qu'il nous est loisible de choisir entre les deux solutions celle qui présente les plus grands avantages et les moindres inconvénients. Or, c'est ce point de départ que je conteste absolument. Il suppose que les deux solutions présentes sont l'une et l'autre légitimes et qu'il dépend de la doctrine de faire prévaloir la plus avantageuse. Tel n'est pas l'état de la question. Il ne s'agit pas ici d'une loi à créer arbitrairement comme le ferait un législateur universel, s'il existait. Il s'agit d'une loi à découvrir, ce qui est bien différent. Notre but n'est pas d'établir ce qui doit être, mais de révéler ce qui est, ce qui résulte, comme le dit Savigny, de la nature des choses ou, comme nous le disons, de la considération des rapports existant entre les États au sujet de leur droit privé. Qu'on le remarque, en effet. Il s'agit d'une loi qui a autorité sur la personne, qui s'impose à elle et qui ne doit dépendre ni de sa volonté (de Bar a fait cette remarque[1]), ni de la fantaisie des interprètes, mais d'une définition juste de l'empire naturel de la loi.

Si l'on considère la question à ce point de vue, on voit

[1] *Theorie und Praxis*, t. I, pp. 149 et 150.

s'évanouir la difficulté qui préoccupe les auteurs et la compétence de la loi nationale apparaître clairement comme la seule digne d'être reconnue. De quelles lois s'agit-il, en effet? De lois diverses dont le trait commun est de tendre à la protection de la personne. A quel État appartient-il de protéger une personne déterminée? Incontestablement à l'État dont cette personne est la sujette. Un réseau de droits et de devoirs relie le national à la communauté dont il est membre. Au premier rang de ces obligations figure, de la part de l'État, le devoir de protéger son ressortissant et même, à bien considérer les choses, on pourra dire que l'État n'existe que pour cela. Il n'y a même pas de comparaison possible à ce point de vue entre l'État national et l'État où la personne a son domicile. Ce dernier admet l'étranger à résider sur ses terres, lui répond de la sécurité de sa personne et de ses biens, mais à ce point s'arrête par rapport à l'étranger l'obligation de cet État. Il n'a pas la mission de définir le degré de protection que requiert cet étranger et, à ce titre, de lui appliquer ses lois, parce que cette question de protection ne l'intéresse pas, tandis qu'elle intéresse l'État dont cet homme est le membre et qui subira, par contrecoup, les conséquences des fautes qu'il pourra commettre.

145) C'est à l'État national qu'il appartient de protéger son sujet, donc aussi ce sont les lois civiles de cet État qui s'appliqueront à la personne en tant qu'il s'agira de garantir ses intérêts individuels. Et c'est parce que cette compétence de la loi civile résulte directement de l'exercice d'une fonction dévolue à l'État, qu'elle doit être acceptée dans toute l'étendue de la communauté internationale et considérée par tous les juges de tous les pays comme constituant une loi du droit international privé.

Nous procédons, on le voit, quant à la détermination du statut personnel, comme nous l'avons fait dans la re-

cherche du caractère territorial ou extraterritorial des lois diverses, nous occupant moins des caractères accidentels de telle ou telle loi, que de la fonction à laquelle elle correspond de la part du législateur qui l'édicte. Nous devons à cette méthode de mettre nos solutions à l'abri du principe du respect que les États doivent mutuellement à leur souveraineté, et c'est à ce rattachement qu'elles doivent de pouvoir prétendre à une autorité internationale certaine. La compétence de la loi nationale est ici une compétence de nécessité dont le refus entraînerait dans nos institutions une discordance inintelligible entre l'action diplomatique et l'action juridique.

Il arrive fréquemment qu'un national expatrié éprouve le besoin de se faire garantir de quelque injustice dont il souffre. Cela arrive surtout dans les temps troublés où l'autorité du droit n'est plus régulièrement observée et où les intérêts particuliers sont exposés à subir les conséquences de l'état d'anarchie et de violence où un pays se trouve plongé. A quel État s'adressent alors les étrangers habitant ce pays pour obtenir, avec la réparation des dommages qu'ils ont subis, la garantie de leurs personnes et de leurs patrimoines ? A leur État national et exclusivement à lui. En vertu d'un principe qui forme la règle absolue de la pratique internationale, il appartient à chaque État de protéger ses nationaux dans les relations des nations entre elles [1].

Cela s'entend des cas extraordinaires de protection, car l'action diplomatique, toujours lente à mettre en mouvement, ne s'emploie que dans les cas où la protection normale et continue qui résulte de l'application du droit est absente ou insuffisante. Mais il est facile de voir qu'il y aurait plus

[1] Exceptionnellement, lorsque deux nations sont en guerre, les sujets de l'une résidant sur le territoire de l'autre sont remis à la protection d'un ou plusieurs États tiers choisis par leur gouvernement. Il y a là un cas de délégation à autrui d'un devoir que le véritable obligé se trouve dans l'impossibilité d'accomplir lui-même.

qu'une inélégance, une véritable absurdité à admettre que l'État auquel revient le soin de protéger l'individu, dans les circonstances exceptionnelles où l'action diplomatique est nécessaire, n'est pas appelé à lui dispenser la protection qui résulte de l'application d'une loi civile écrite dans ce même but de protection.

La compétence diplomatique est ici le signe certain de la compétence civile. Une autre analogie peut être mentionnée aussi. Pendant longtemps les traités, les traités de commerce en particulier, ont contenu certaines dispositions (les premières dans l'ordre des articles) tendant à assurer aux particuliers et aux commerçants la jouissance de certains droits concernant leurs personnes ou leurs biens. Encore que cet usage se soit modifié depuis 1860, il a été conservé dans les traités passés avec les nations lointaines, sur le territoire desquelles on peut craindre que les intéressés ne rencontrent pas toute la sécurité désirable. A quels particuliers, à quels commerçants s'appliquent les stipulations de ce genre? Aux nationaux des H. P. C. et à eux seuls. Les traités sont formels sur ce point. Il résulte de là que les droits ainsi stipulés au profit d'étrangers le sont régulièrement par leur État national. C'est encore un point de compétence nationale. Et l'on voudrait que ces droits, lorsqu'ils ne sont pas soumis à l'empire de la loi de l'État qui les concède, obéissent à une autre loi que celle de l'État national de celui qui les exerce. Il y aurait là une contradiction véritable L'État dont l'étranger est le national aurait qualité pour réclamer contre les injustices dont celui-ci a été la victime et pour stipuler les différents droits dont il peut avoir besoin et, lorsqu'il s'agit de dispenser à ce national la protection qui résulte de l'application d'une loi soucieuse de ses intérêts, il céderait la place à un autre État, l'État du domicile, par exemple. Cela ne se comprendrait même pas.

En matière de lois de protection la seule loi compétente est donc la loi nationale, tout simplement parce qu'il appartient à chaque État de protéger ses sujets. Cette so-

lution est celle de notre code civil [1]. Son texte, à la vérité, pourrait prêter à discussion, car l'art. 3, § 3 nous parle du Français résidant à l'étranger et non pas de celui qui y serait domicilié, ce qui pourrait porter à croire que le Français domicilié à l'étranger a pour statut personnel la loi de son domicile. Fœlix (t. I, p. 58) est peu net sur ce point et Demangeat, son annotateur, donne à l'étranger domicilié chez nous avec autorisation du gouvernement (c. civ., art. 13) la loi française pour statut personnel. La pratique n'a pas hésité pourtant. Éclairée par les travaux préparatoires, elle soumet l'état et la capacité du Français à l'étranger exclusivement à la loi française et, inversement, elle accorde à ce même point de vue le bénéfice de leur loi nationale aux étrangers, à moins que par l'effet du renvoi elle ne les assujettisse à la loi de leur domicile.

Cependant il serait excessif de conclure de là que la jurisprudence française rattache toujours le statut personnel à la nationalité de la personne. En matière de succession mobilière c'est, au contraire, la loi du domicile qu'elle tient pour compétente. Tout d'abord nos tribunaux hésitèrent sur le domicile qu'il fallait prendre en considé-

[1] On connaît l'opposition existant à ce point de vue entre le droit européen et le droit anglo-américain. En Europe la compétence de la loi nationale l'emporte et ne cesse pas de progresser. On ne peut guère citer en Europe que le Danemark, la Norvège et l'Autriche (pour les étrangers seulement) qui rattachent encore le statut personnel au domicile. Il est à remarquer que les codifications les plus récentes donnent la préférence à la nationalité. Il en est ainsi du code allemand *(Einführungsgesetz*, art. 7, § 1) et hors d'Europe des lois de l'État du Congo et du Japon (Meili, *loc. cit.*, t. I, p. 160). Le même principe a été appliqué dans les conférences de La Haye, en matière de mariage, de divorce, de tutelle des mineurs, de capacité de disposer ou de recueillir par donation à cause de mort ou par testament. Ils avaient auparavant été adoptés par l'Institut de droit international *(Règles d'Oxford de 1880*, n° VI). Au contraire, dans le groupe anglo-américain le statut personnel est demeuré attaché au domicile de la personne. C'est aussi la solution adoptée par les États sud-américains dans les traités de Montevideo de 1889 (Pradier-Fodéré, *R. D. I.*, 1889, p. 223). La divergence est profonde : elle constitue l'obstacle le plus grand qui existe à l'unification du droit international privé.

ration, et on trouve un certain nombre de décisions anciennes ayant (suivant la règle reçue chez les statutaires) appliqué à la succession mobilière de l'étranger la loi de son domicile réel (Riom, 7 avril 1835, S., 35-2-375; Bordeaux, 17 août 1853, S., 54-2-257 motifs). On trouve même certains arrêts soumettant à la loi étrangère la succession mobilière du Français mort domicilié à l'étranger (Cass., 27 avril 1868, S., 68-1-257). Mais depuis longtemps notre jurisprudence ne tient plus compte que du domicile autorisé, parce que l'art. 110 du code civil désigne le domicile légal comme lieu d'ouverture de la succession. L'analogie est assez lointaine. Cette solution aboutit le plus souvent à donner compétence à la loi nationale de l'étranger, mais parce que c'est la loi de son domicile légal. Le statut personnel se confond donc ici avec la loi du domicile car, d'autre part, les arrêts considèrent la succession mobilière comme appartenant au statut personnel (Paris, 2 janvier 1862, S., 62-2-337).

146) Est-ce à dire qu'aucune place ne reste dans ce système à la loi du domicile et ne peut-elle pas servir au moins de statut personnel subsidiaire à la nationalité? Nous le pensons, en effet, mais ce qu'il faut bien noter ici, c'est que nous sommes en présence d'une solution de nécessité. D'après les principes, la loi du domicile n'a aucune compétence. L'État du domicile n'a ni intérêt à ce que ce devoir de protection soit rempli, ni qualité pour le remplir. Cette loi n'a pas ici plus de compétence que la loi du lieu où l'acte a été fait ou encore que celle du juge devant le tribunal duquel le litige est porté. Cependant des cas se rencontrent dans lesquels la loi nationale est inapplicable; alors il pourra être raisonnable de donner à la loi du domicile une certaine autorité.

147) Je fais allusion d'abord à une série bien connue d'hypothèses qui embarrassent fort les jurisconsultes. Et, en effet, on peut être embarrassé à moins. Ce sont les cas

dans lesquels on n'arrive pas à déterminer la nationalité de quelqu'un. Une personne peut n'avoir pas de nationalité du tout [1], soit parce qu'elle a abdiqué sa nationalité d'origine sans en acquérir une nouvelle, soit parce qu'elle vit dans des conditions telles qu'il est impossible de la rattacher plutôt à un État qu'à un autre État. Le second de ces deux cas est seul vraiment difficile. Quant au premier, il semble bien qu'il n'échappe pas tout à fait à l'influence des principes. Nous vivons dans un monde organisé de telle façon que la distribution de sa population en États distincts y est une chose capitale. On peut admettre comme essentiel, que tout homme soit sujet d'un État et dès lors méconnaître, comme inopérante au regard de la communauté, toute abdication de nationalité qui n'est pas accompagnée de l'acquisition d'une nationalité nouvelle [2]. On peut dire que l'individu qui se trouve dans cette situation continue à avoir pour statut personnel sa loi nationale d'origine.

Le cas des personnes dont la véritable nationalité ne peut pas être prouvée est plus difficile. Il paraît alors fort raisonnable de leur attribuer comme statut personnel la loi de leur domicile, si elles en ont un (c'est une réserve nécessaire, car il arrive souvent qu'il s'agit d'individus menant une vie vagabonde et auxquels il est impossible d'assigner même une résidence fixe). Nous n'entendons pas insinuer par là que la loi du domicile acquière, dans cette hypothèse, une légitimité qu'elle n'a pas d'habitude. Elle ne reste pas moins en principe incompétente, mais il est une règle supérieure encore à tous nos principes, c'est que personne ne peut vivre en dehors de la loi et que cha-

[1] La cour de cassation belge, dans un arrêt souvent critiqué (Ch. r., 24 juin 1880. Cl. 81, p. 90), a refusé la nationalité belge à un enfant naturel né en Belgique de parents inconnus. C'était dire que cet enfant n'avait aucune nationalité. Bien que le Code civil de 1804 fût muet sur cette hypothèse, il est difficile de prêter au législateur l'intention de priver de nationalité les personnes de cette catégorie. L'application du *jus soli* est ici une véritable nécessité.

[2] Le fondement juridique de cette solution apparaîtra mieux lorsque nous aurons traité de l'effet international des droits acquis.

cun, par conséquent, doit avoir un statut personnel. La loi du domicile se recommande ici de sa fixité relative, et cette même qualité, qui nous laissait indifférent tout à l'heure lorsqu'il s'agissait de découvrir les principes, est décisive pour nous maintenant qu'il s'agit de combler par une solution de pur droit positif une lacune inévitable dans leur application. Cette même idée générale doit conduire à décider, qu'à défaut d'une loi domiciliaire, on appliquera la loi du lieu où l'acte a été fait, et si cette dernière même faisait défaut (hypothèse évidemment rare mais point irréalisable cependant) il faudrait recourir à la *lex fori*. Tout vaut mieux que l'absence de toute loi.

148) Il est possible aussi qu'une personne ait à la fois deux nationalités. Quel sera son statut personnel? Évidemment dans chacun des deux États, dont elle cumule sur sa tête les nationalités, son statut personnel sera la loi locale. Mais la question peut aussi se poser en dehors de ces deux États et alors elle devient fort difficile. Nous verrons en traitant des droits acquis que, dans certains cas au moins, la considération attentive des principes permet de donner une solution rationnelle à ces difficultés. Mais lorsque cette ressource dernière fera défaut, quelle loi donnera-t-on pour statut personnel à la personne investie d'une double nationalité? Certains pensent que le juge sera fondé à donner effet à la loi qui se rapproche davantage de la sienne propre [1]. Cette solution est entièrement inadmissible. Le juge placé en présence des lois étrangères n'a pas à en apprécier le mérite intrinsèque, pas plus qu'il n'a à critiquer sa propre loi. Il ne décide sur les lois étrangères qu'au point de vue tout spécial de l'étendue de leur autorité, de leur compétence. Or, à cet égard, on conviendra qu'il est tout à fait indifférent qu'une loi étrangère soit plus ou moins semblable à la loi locale. Sa compétence ne dépend pas de sa teneur, mais de l'autorité du législateur qui l'a promulguée.

L'application de la loi du domicile au statut personnel

[1] Cf. Weiss, *Traité élémentaire*, p. 331.

des individus ayant une double nationalité se recommande de bonnes raisons, lorsque la personne a son domicile dans l'un des deux États dont elle se trouve en même temps la sujette, et ce cas sera le plus fréquent. Cette loi est pour elle une loi nationale. Elle est par nature compétente et la considération du domicile vient ici non pas pour lui donner la qualification d'où dépend sa compétence, mais pour lui assurer la préférence sur la loi nationale concurrente. Préférence légitime du reste. On sait la part de plus en plus grande faite au domicile comme élément de détermination de la nationalité. Il est logique, dès lors, de considérer le droit de nationalité joint au fait du domicile comme plus caractérisé au point de vue international que celui qui en est séparé. L'application de la loi domiciliaire nous paraît donc ici justifiée.

Elle le serait moins, si le domicile rattachait l'individu à nationalité double à un tiers pays dont il ne serait nullement le sujet. On pourrait peut-être hésiter ici entre la loi de l'origine et celle du domicile. N'insistons pas sur une hypothèse aussi peu vraisemblable et renvoyons la question à la prudence des magistrats.

149) La compétence de la loi du domicile en matière de statut personnel peut exister non seulement en cas d'absence d'une loi nationale déterminée, mais aussi en vertu d'une sorte de délégation de cette loi nationale. Il en sera ainsi dans les pays où l'unité de législation n'existe pas. Ces pays sont nombreux et la diversité des législations civiles y résulte de circonstances fort diverses. Elle y est parfois le signe de la survivance d'une certaine autonomie politique laissée aux parties constituantes d'un État qui dans la société des nations forme une personne unique. L'Autriche et la Hongrie, la Russie et la Finlande, les divers États de l'Union américaine sont dans ce cas. Ces diversités de législation civile sont alors fort tenaces : elles tiennent au cœur même du peuple, qui reporte sur d'insignifiantes modalités de sa condition civile l'affection qu'il

éprouve pour les restes de son ancienne liberté. La variété des lois civiles peut se rencontrer aussi (quoiqu'en fait elle s'y rencontre plus rarement) dans les États unitaires : c'est alors un legs du passé. On peut citer comme exemple l'Espagne et ses *fueros*. Enfin elle aura parfois sa cause dans cette raison péremptoire qu'il est impossible de faire vivre sous une même loi les populations qui se pressent sur un même territoire, soumises à l'empire d'un souverain identique. C'est l'histoire de l'Empire ottoman et des populations chrétiennes ses sujettes.

Dire que dans ces hypothèses le statut personnel du sujet est sa loi nationale, ce n'est rien dire du tout, car on demandera immédiatement de quelle loi nationale on entend parler, puisqu'il y en a plusieurs. La question qui se pose alors est d'une solution sûre et facile. Précisément parce qu'ils admettent sur leur territoire la coexistence de plusieurs législations civiles, les pays en question possèdent de toute nécessité dans leur législation, soit écrite, soit coutumière, une règle servant à départager ces droits rivaux. Leurs sujets ont un statut personnel dans leurs rapports réciproques : c'est ce même statut personnel qu'ils auront avec l'étranger. Et cette solution n'est pas un expédient, elle est parfaitement légitime et constitue l'adaptation exacte de notre principe à un cas un peu différent de l'ordinaire. C'est au législateur national qu'il appartient de donner à son sujet le statut personnel qui régira sa condition juridique. Que ce législateur concentre dans une seule formule également applicable à tous sa pensée juridique sur ce point ou que, respectueux des inégalités anciennes, il se borne à indiquer la loi de répartition suivant laquelle se combineront les coutumes existantes, cela importe peu. Il est toujours vrai que la personne est soumise à une règle imposée par son législateur national et qui est pour elle la loi nationale.

A ce titre la loi du domicile pourra prendre autorité en vertu de la compétence que lui aura donnée le législateur national. Elle sera alors dans les rapports de na-

tion à nation très régulièrement le statut personnel du sujet d'un État à législations civiles multiples. Mais sa compétence, même dans ce cas, n'a rien de nécessaire[1], rien qui provienne d'une qualité inhérente au domicile: elle dérive directement de la volonté de l'État national. Il est possible, en effet, que cet État aime mieux se référer à un autre principe de distinction, l'origine par exemple, dont l'influence sur le droit se révèle surtout en matière d'annexion, ou encore la race, dont le signe extérieur sera communément la confession religieuse à laquelle la personne appartient. Telle est la règle, comme on sait, dans les États du sultan et dans les provinces encore rattachées à son trône par un lien de vassalité, l'Égypte par exemple. On sait que les sujets du sultan se distinguent en musulmans d'une part et en chrétiens de diverses confessions, les premiers soumis pour tout ce qui concerne le statut personnel au Coran (c'est-à-dire à ses diverses interprétations), les seconds ne subissant nullement l'influence de cette loi. Ces derniers sont restés, depuis la conquête, régis par leur droit particulier, qui est le droit byzantin, et leur autonomie est si grande, qu'elle s'étend à la fois et à la loi qui est la leur et aux tribunaux chargés de la leur appliquer. La compétence juridictionnelle comme la compétence législative est, dans ces

[1] Cette compétence est cependant fort naturelle, et dans tous les pays soumis à la fois à plusieurs législations civiles on peut dire que dans une certaine mesure au moins elle s'impose. Le domicile a sur l'origine cette supériorité qu'il représente un lien de droit, alors que celle-ci constitue un pur fait qui n'est pas nécessairement accompagé de conséquences juridiques (cf. de Bar, *Theorie und Praxis*, t. I, p. 274). La législation positive est assez diverse sur ce point. En Suisse le criterium de l'origine a été adopté dans les concordats de 1818, 1821, 1822 ; depuis la constitution de 1876 c'est le domicile qui s'applique à quelques exceptions près. En Espagne, dans les provinces à *fueros*, on se réfère à l'origine : il en est de même dans les rapports entre les pays unis par le traité de Montevideo (Lainé, Étude concernant la loi fédérale suisse du 25 juin 1891 sur les rapports des citoyens établis ou en séjour, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1893-94, pp. 128 et suiv.).

pays, question de religion[1]. Cette distribution de compétences a son effet à l'étranger comme à l'intérieur, et les tribunaux de nos pays n'hésitent pas à en tenir compte, lorsqu'ils ont à déterminer le statut personnel d'un sujet du sultan[2].

150) Ces variantes ne sont toujours que l'expression d'une même règle : la loi nationale est le statut personnel de l'individu. Un observateur trop prompt y verrait peut-être une adhésion partielle à cette théorie du renvoi que nous avons combattue et rejetée. Certaines explications ne seront pas inutiles à cet égard. C'est au législateur national de l'individu qu'il appartient de déterminer son statut personnel. Jusque-là nous marchons d'accord avec les partisans du renvoi, mais immédiatement nous nous

[1] « Les patriarches concentrent dans leurs mains un tel ensemble de droits civils et religieux qu'en dehors du gouvernement politique exercé uniquement par le gouvernement musulman, il est permis de considérer les chrétiens comme étant administrés, jugés et régis par un pouvoir chrétien plutôt que musulman. » (Circul. d'Ali Pacha du 13 mai 1855.) Cf. Privat, *Des Patriarcats catholiques d'Orient* dans Cl. 1895, pp. 994 et suiv.; Cour d'appel d'Alexandrie, 26 avril 1894 ; Cl. *id.*, p. 657 ; Trib. de la Seine, 19 juillet 1901 ; Cl. 1901, pp. 993 et suiv.

[2] En Égypte, pays dont la population se compose des éléments les plus divers, les sujets des différentes communautés religieuses vivent sous la juridiction de leurs patriarcats en ce qui concerne le statut personnel. Les musulmans relèvent du cadi, les coptes orthodoxes du patriarcat copte orthodoxe, les coptes catholiques du patriarcat copte catholique, les grecs unis du patriarcat grec catholique, les grecs orthodoxes du patriarcat grec orthodoxe, les arméniens du patriarcat arménien, les maronites du curé maronite, etc. Lorsqu'il n'y a pas un patriarche du rite, les pouvoirs juridictionnels sont conférés à une autorité ecclésiastique inférieure, évêque ou curé. Pour les indigènes latins la situation est mal définie, la plupart d'entre eux étant protégés étrangers. Il s'est formé, depuis quelques années, une communauté protestante indigène : elle s'est fait reconnaître et ses membres sont soustraits aux autorités musulmanes pour ce qui concerne leur statut personnel. Rappelons que les étrangers sont, à ce même point de vue, soumis à la juridiction de leurs consuls, et, en cas de conflit entre étrangers de nationalité différente ou entre étrangers et indigènes, à celle des tribunaux mixtes (Communication de M. G. Blanchard, professeur de droit à l'École française du Caire).

séparons d'eux en ajoutant que le choix du législateur national n'existe qu'entre les lois en vigueur sur son territoire et qui sont toutes, pour la personne dont il s'agit, des lois nationales. Un exemple rendra très sensible notre séparation. Reprenons le cas tout à fait classique de l'Anglais domicilié en France, auteur d'un acte juridique au sujet duquel on discute sa capacité. Les partisans du renvoi n'hésitent pas à lui appliquer la loi française. Nous n'y consentirons jamais. La loi française n'est pas pour cet Anglais une loi nationale et cette raison seule suffit à ce qu'elle ne puisse lui servir de statut personnel. Sans doute notre juge hésitant entre la loi anglaise, la loi écossaise, la loi irlandaise et peut-être encore les lois régissant les colonies britanniques, s'inspirera des principes qui guideraient, en pareil cas, le juge anglais. Si l'on est dans une hypothèse où la capacité, d'après la *common law,* est du ressort de la loi du domicile, il s'attachera à la notion du domicile, mais seulement en tant que ce domicile conduit à donner autorité à une loi britannique. C'est en cela qu'il sauvegardera sa propre indépendance et, comme nous le disions plus haut, donnera effet à sa propre définition de la loi internationale. A ses yeux, le domicile de l'Anglais en France sera inexistant au point de vue de la détermination de son statut personnel, la question reviendra donc pour lui à rechercher quel est le domicile dont la jurisprudence anglaise tient compte, lorsque le domicile actuel n'est pas assez caractérisé pour être pris en considération.

Telle est la fonction possible de la loi du domicile en matière de détermination du statut personnel[1]. Nous au-

[1] Ne serait-il pas possible de faire une place plus large au domicile dans la détermination du statut personnel sans sacrifier pour cela les prétentions de la nationalité ? Suivant l'avis de mon excellent collègue, M. Chausse, on pourrait y parvenir par la formation d'unions restreintes entre peuples à systèmes juridiques semblables, unions dans le sein desquelles on ferait triompher le principe du domicile ou celui de la nationalité suivant l'esprit des diverses législations des pays composant cha-

rons à nous demander plus loin si sur certains points particuliers il ne serait pas légitime d'étendre un peu cette fonction, et nous verrons aussi que dans le domaine des rapports soumis à la libre volonté des intéressés l'influence de la loi du domicile grandit singulièrement. Mais ces matières ne sont pas en ce moment les nôtres et, sur le terrain où nous sommes placé, la loi du domicile doit être restreinte à la compétence exceptionnelle et fort restreinte qui vient d'être délimitée. On peut le regretter, souhaiter à cette compétence des limites moins rigides, une part d'action plus grande lorsque l'on admet que la science peut régler à son gré le régime des rapports internationaux d'ordre privé. Mais lorsque l'on soumet la science à la loi du respect des droits reconnus aux souverainetés en concours, on s'aperçoit vite que ces faveurs, faites dans un esprit d'équité à la loi domiciliaire, sont autant d'atteintes portées à l'indépendance que possèdent les États dans la communauté internationale. La détermination du statut personnel peut être, ainsi qu'on vient de le voir, fort délicate : les questions auxquelles son application donne lieu ne sont ni moins intéressantes ni moins difficiles.

que union (v. les Observations de M. Chausse au Congrès international de droit comparé de Paris, 1900). Le principe d'unions restreintes n'a en lui-même rien que de raisonnable. Le droit international privé n'est pas une science universelle. Il n'est possible qu'entre pays de civilisation à peu près égale et, bien que la généralité de son empire soit chose désirable, la formation de groupes devrait être recommandée si l'on en pouvait attendre un grand avantage dans les relations juridiques internationales. Mais ceci ne me paraît point démontré. Entre États attachés au domicile la formation d'une union ne changerait rien à l'état de choses actuel ; dans les rapports de ces États à ceux qui préfèrent la nationalité, elle laisserait subsister des conflits insolubles. En outre et surtout, on ne voit pas quel titre la loi du domicile possède à être observée en dehors de l'État où ce domicile est situé. L'État du domicile est pour l'étranger un hôte et non pas un protecteur naturel ; il n'a pas, comme l'État national, une compétence forcée qui s'impose à l'attention et au respect des nations étrangères. Par la formation d'une Union, on imposera ce respect de la loi du domicile. Cela est possible, mais notre collègue est trop bon jurisconsulte pour ne pas reconnaître que les meilleures lois positives sont celles qui ne contrarient pas l'ordre naturel des choses.

151) En général l'application de notre principe revient à soumettre à la loi nationale d'une personne les règles posées pour la protection de cette personne. Lorsqu'une règle juridique de cette nature ne concerne qu'une seule personne, l'application de notre principe ne saurait faire de difficulté. On mesure la condition juridique de cette personne sur les dispositions de sa loi nationale et tout est dit par là. La matière des testaments nous offrira en particulier nombre de cas de cette extrême simplicité. Mais le plus souvent un acte juridique établit dès son origine des rapports entre plusieurs personnes, et alors il naît fréquemment des questions d'ordre secondaire qui, si elles ne touchent pas au principe lui-même, peuvent du moins rendre assez malaisée son application pratique. Disons encore que ces questions ne se présentent pas toujours. Il est possible que précisément sous le rapport que gouverne le statut personnel, les intérêts des parties soient nettement séparés sinon entièrement indépendants, de telle sorte que l'on peut faire application à chacune d'elles de sa loi nationale sans préjudicier en aucune façon au droit des autres. Dix personnes représentant dix nationalités différentes font un contrat. Rien ne s'oppose à ce que l'on décide de la capacité de chacune d'après sa loi nationale.

De même si les intéressés appartiennent à la même nationalité, on n'éprouve aucune difficulté à appliquer à leur protection la loi nationale qui leur est commune. Dans les matières où l'identité de nationalité est la règle générale (mariage, filiation) cette circonstance n'est pas sans aider puissamment à la solution des questions d'application qui se présentent.

152) Mais il n'en est pas toujours ainsi. Parfois une règle tendant manifestement à la protection de la personne concerne également deux ou plusieurs sujets qui ne sont point de même nationalité et n'ont pas le même statut personnel. Comment alors régler la préférence entre les lois en conflit ? Il sera légitime tout d'abord de faire appel

à notre principe général et de rechercher si l'examen du rapport de droit ne permet pas de discerner nettement la personne que la loi a entendu protéger. La jurisprudence fait depuis longtemps une application en quelque sorte instinctive de notre méthode en matière de tutelle[1]. La loi du mineur régit la tutelle, même en ce qui concerne la capacité du tuteur ou ses pouvoirs, tant il est évident pour tous que, depuis l'abandon des idées romaines primitives, la tutelle est une institution tout entière régie par l'idée de protéger la personne et le patrimoine du mineur. Et nous irons jusqu'à appliquer ce principe aux excuses et aux garanties particulières que la loi peut donner au tuteur, comme la prescription abrégée de l'art. 475 du code civil, en matière de compte de tutelle, parce que ces dispositions, quoique destinées à protéger le tuteur, sont unies par des liens trop étroits à l'ensemble de l'institution tutélaire pour pouvoir être soumises à une loi différente.

153) La matière de la filiation légitime est déjà plus compliquée. A la vérité, si on suppose la filiation établie, il est certain que les lois destinées à régler les rapports du père et de l'enfant sont conçues dans l'intérêt de ce dernier[2]. S'il arrive donc qu'il n'ait pas la même nationalité que son père, c'est sa loi nationale qui devra l'emporter. Mais s'il s'agit des modes d'établissement de la filiation, de l'action en réclamation d'état d'enfant légitime ou de

[1] Anvers, 6 février 1895, Cl. 96, p. 204. Cependant, en cas de tutelle des parents, la jurisprudence applique le statut personnel des père et mère (Bordeaux, 22 juillet 1897, Cl. 97, p. 1028); Nancy (6 août 1895, Cl. 96, p. 619) paraît faire dépendre l'existence de l'hypothèque légale du pupille de la nationalité française du tuteur.

[2] C'est ainsi que le Tribunal de la Seine a décidé, avec raison, que l'enfant, obligé par son statut personnel de notifier à son père des actes respectueux, devait le faire, même lorsque le statut personnel du père ne lui donnait pas le droit d'en recevoir (Trib. Seine, 21 décembre 1885, Cl. 86, p. 448). La Cour de Bucarest a décidé, que la preuve de la filiation légitime devait se faire d'après la loi nationale de l'enfant (14 février 1901, Cl. 1902, p. 178).

l'action en désaveu, la difficulté est beaucoup plus grande. En ces matières le législateur s'efforce de tenir la balance égale entre l'intérêt de l'enfant à qui l'on doit procurer les moyens de prouver sa véritable origine et l'intérêt de la famille qu'une législation trop facile aboutirait à peupler d'intrus. Il y a là, très nettement dessinés, deux intérêts contraires que la loi a pour mission de départager. La raison voudrait que l'on tînt compte, à la fois, de ces deux lois et qu'une action ne fût possible que sous les conditions exigées par l'une et par l'autre.

Cette solution est la meilleure. On lui objectera peut-être que lorsqu'un enfant n'a pas l'état auquel il prétend, sa condition n'est que provisoire et qu'il n'y a pas à tenir compte, par suite, du statut personnel qui est pour le moment le sien. Il est vrai que, si l'action intentée réussit, la qualité nouvelle qu'elle conférera à l'enfant rétroagira jusqu'au jour de la naissance de celui-ci, mais on ne peut pas savoir au moment où le conflit s'élève, si l'action aboutira et si la condition présente de cet enfant ne demeurera pas sa condition définitive. Un seul fait est constant, c'est que l'enfant a un statut personnel déterminé, on ne voit pas de raison solide de sacrifier ici le certain à l'incertain.

Les mêmes questions se présentent en matière de filiation naturelle. Le but de la loi suffit parfois à en faire mesurer la portée. Il est certain, par exemple, que l'interdiction de la recherche de la paternité naturelle et les conditions mises à la recherche de la maternité naturelle ont eu pour objet de protéger le père ou la mère et, par leur intermédiaire, la famille légitime [1]. Mais la considération du but n'est plus aussi féconde en matière de reconnaissance volontaire. Les lois de cette espèce sont conçues en général dans l'intérêt à la fois des parents et des en-

[1] Le Tribunal fédéral du Brésil (8 février 1896, Cl. 96, p. 1080) a décidé que ces questions ressortiraient du statut personnel du père. Même solution pour le désaveu (Reichsgericht, 10 juin 1895, Cl. 97, p. 590). En ce sens également, Paris, 3 août 1898, Cl. 98, p. 1067.

fants. Le statut personnel de chacune des parties en cause a donc ici les mêmes titres à être appliqué. Lorsque cette application cumulative sera possible, elle n'aura d'autre inconvénient que de rendre l'acte juridique un peu plus difficile à conclure, un peu moins complet dans son effet que si l'on pouvait s'en tenir à la considération d'une seule loi. C'est assez peu de chose. Il en est autrement si les lois en présence sont directement contraires l'une à l'autre, si l'une, par exemple, permet la reconnaissance de l'enfant naturel par testament, alors que l'autre interdit cette même reconnaissance.

Nous ne voyons pas de solution rationnelle à des difficultés semblables.

154) La matière de l'adoption est peut-être de toutes celle où ces difficultés d'ordre secondaire relatives à l'application des principes apparaissent plus nettes, s'agissant d'une institution qui poursuit également les deux intérêts de l'adoptant et de l'adopté. Ajoutons toutefois que l'adoption est surtout un thème à discussion d'ordre théorique. Les adoptions engageant des difficultés d'ordre international sont fort rares chez nous pour deux raisons, parce que l'on n'adopte presque plus, si ce n'est pour masquer des reconnaissances d'enfants naturels interdites par la loi, puis parce que notre jurisprudence considère le droit d'adopter ou d'être adopté comme un droit purement civil refusé pour ce motif aux étrangers. Il faudrait, pour que la question prît de l'intérêt, qu'il s'agît d'étrangers admis à domicile ou appartenant à un pays pratiquant lui-même l'adoption et uni à la France par un traité de réciprocité. Mais, à notre point de vue théorique, cela importe assez peu. Il n'en est pas moins vrai que, si l'on se demande laquelle des deux lois nationales (supposées différentes) du père ou du fils adoptif régira les conditions ou les effets de l'adoption, on ne peut être que fort embarrassé. La considération du but de la loi ne fournit ici aucune ressource véritable, car l'adoption est faite pour la protection des

deux parties. On se référera en vain au vieux principe que l'adoption imite la nature, il ne représente plus rien d'exact. On essaiera aussi vainement de faire la part des deux lois en présence, en faisant régir par l'une la condition de l'adoptant, par l'autre celle de l'adopté. On risquerait d'arriver ainsi à des absurdités comme à dire que l'adoptant a pour héritier l'adopté, mais que l'adopté n'est pas l'héritier de l'adoptant. Puis, ce qui est plus grave, on méconnaîtrait cette idée que chacune des deux lois a pour objet de protéger les deux parties au contrat d'adoption.

Bref, sur un seul point on arrive ici à une certaine clarté, c'est touchant la forme de l'acte. Cela grâce à la maxime *locus regit actum.*

155) Les relations de famille sont le théâtre habituel des difficultés subordonnées que nous venons d'indiquer. On pourra cependant les rencontrer aussi ailleurs, en matière d'actes à titre gratuit par exemple, où il n'est pas toujours très aisé de décider dans l'intérêt de quelle personne une certaine prohibition a été portée. Disons même qu'il peut arriver que l'application de nos principes commande de donner la préférence à un statut personnel qui n'est celui d'aucune des parties en cause, lorsqu'il apparaît nettement que le but de la loi a été de protéger une tierce personne. C'est ainsi que nous n'hésiterions pas à annuler un pacte sur succession future entre héritiers présomptifs, par application du statut personnel de celui dont la succession est l'objet du contrat. Il en serait de même des débats entre héritiers au sujet du partage d'une succession. Le plus souvent c'est la loi du défunt qui devra prévaloir [1].

[1] La jurisprudence paraît assez indécise touchant ces questions. Le Tribunal de la Seine (30 mai 1879, Cl. 79, p. 391) admet que la reconnaissance d'un enfant naturel effectuée par un naturalisé français est régie dans ses conditions et dans ses effets par la loi française. La Cour suprême d'Autriche (19 mars 1883, Cl. 88, p. 410) applique la loi autrichienne à une action en recherche de la paternité naturelle intentée par un enfant autrichien à un sujet allemand. En Angleterre la Haute-Cour de la Chancellerie fait triompher la loi du père dans les questions de légi-

156) Nous venons ainsi de parcourir un certain nombre d'hypothèses donnant lieu à des difficultés dont nous n'avons pas toujours su trouver la solution rationnelle. Ce résultat n'a rien qui puisse surprendre et nous n'avons nullement cherché à le dissimuler. Plutôt que de décider des questions de droit international par de prétendues raisons qui n'ont en réalité aucune signification, il vaut mieux avouer son impuissance. Et cette impuissance est d'autant plus avouable, que notre science restera toujours ce qu'elle est, une science imparfaite, soucieuse de profiter de toutes les occasions qui s'offrent de combiner des éléments hétérogènes et à la formation desquels aucun plan préconçu n'a présidé, mais résignée aussi à ne pas toujours aboutir. Il faut cependant une solution, même dans les cas où la doctrine se voit contrainte à garder le silence. Cette solution le droit positif, la coutume pourront l'imposer. A ce titre on pourra faire prévaloir dans l'adoption la loi de l'adopté, dans la filiation légitime la loi du père, qui a au moins l'avantage de maintenir l'égalité entre les enfants. Mais on parlera alors au nom de l'équité ou même des convenances, mais pas au nom du droit.

157) Une autre catégorie de questions secondaires se rattache encore à l'application du statut personnel. La loi

timité (23 juillet 1883, Cl. 85, p. 103). En matière d'obligation alimentaire, où les mêmes difficultés secondaires se présentent, on voit appliquer tantôt la loi du demandeur (Trib. Seine, 22 mai 1877, Cl. 77, p. 428), tantôt celle du défendeur (Cour suprême d'Autriche, 26 sept. 1882, Cl. 86, p. 464), tantôt encore celle du mariage d'où est provenue l'affinité (Trib. Pontoise, 15 mai 1895, Cl. 96, p. 627), et il ne paraît pas y avoir dans cet ordre de questions d'orientation bien décidée. En général, et sauf de très rares exceptions (v., par ex., Cass., 17 janvier 1899, Cl 99, p. 546), le tribunal qui, dans ces matières d'état et de capacité, est toujours la juridiction nationale de l'une des parties applique sa propre loi. Cette tendance peut-elle être approuvée et existe-t-il en la matière de bonnes raisons de lier la compétence législative à la compétence juridictionnelle à titre de solution de droit positif venant combler les lacunes de la théorie ? Je ne les vois pas et crois d'une meilleure méthode d'appliquer la loi nationale de la personne en vue de laquelle la disposition a été prise, toutes les fois où cela est possible, dans le cas contraire de tenir compte des diverses lois en présence.

nationale, forme individuelle du statut personnel, est sujette à varier. Quelle pourra être l'influence de telles variations sur les rapports juridiques soumis à l'autorité de cette loi ? Le principe est ici certain. Lorsqu'une personne change de nationalité, elle acquiert un nouveau statut personnel et les droits qui la concernent sont soumis à un régime nouveau, en tant qu'ils appartiennent au ressort de son statut personnel[1]. Mais ce principe, fort simple tant qu'il ne s'agit que de l'appliquer à des rapports de droit nouveaux, postérieurs au changement de nationalité, donne naissance à des questions fort délicates, lorsqu'on entreprend de mesurer son influence sur les droits déjà existants lors du changement de nationalité.

Cette question en comprend elle-même plusieurs. Signalons d'abord un point certain. Le changement de statut personnel n'a pas d'effet sur les actes juridiques antérieurement conclus, à moins qu'il ne s'opère avec effet rétroactif. Conformes au statut personnel antérieur ces actes conservent leur validité, conclus au mépris de cette loi ils restent nuls, même si la loi vient à changer et ne maintient plus ses exigences anciennes. C'est là un point qui concerne la théorie des droits acquis. Il suffit de l'avoir mentionné ici.

Mais la détermination du moment précis, où le statut personnel est appelé à exercer son influence protectrice, peut donner lieu elle-même à difficulté. On nous concédera facilement qu'une loi ne peut pas, à titre de statut personnel, régir les actes d'une personne qui n'est point encore soumise à son autorité. La chose paraît aller de soi :

[1] Il n'en serait autrement que si l'on se trouvait en présence d'une naturalisation frauduleuse. La faculté de changer de patrie peut passer pour un attribut essentiel à la liberté humaine, mais elle ne saurait être purement et simplement un moyen d'échapper momentanément à l'autorité gênante de la loi. On se rappelle la grande place que l'affaire de la princesse de Beauffremont a occupée dans la formation de la jurisprudence française sur ce point. V., notamment, Paris, 27 juillet 1876, S., 76-2-249 ; Cass., 18 mars 1878, S., 78-1-193.

il fallait la noter cependant, car un parti important de la doctrine prétend faire régir la capacité matrimoniale de la femme, au moins en partie, par la loi nationale du mari. La femme qui se marie n'est pas encore une femme mariée, elle n'a pas la nationalité de son mari, elle ne peut donc pas échapper à l'autorité de sa loi nationale intérieure[1]. Des difficultés sérieuses ne s'élèvent que pour les rapports de droit qui ont un effet déclaratif. La reconnaissance de l'enfant naturel, sa légitimation sont de ce nombre, aussi est-ce à leur propos que les questions viennent à surgir.

La difficulté en ces matières ne vient pas des principes. Les principes sont certains. Le statut personnel est posé par le législateur comme une barrière limitant la libre activité de l'homme, au point précis où son exercice menacerait d'être préjudiciable à celui-là même qui en jouit. C'est au moment où cette liberté s'exerce, au moment où l'individu exprime ce consentement qui deviendra pour lui la source de droits et d'obligations, que le pouvoir tutélaire du législateur intervient, limitant la portée juridique de l'acte accompli à ce qui lui paraît juste et utile. La protection de la loi s'exercera, dans la mesure où le législateur le juge convenable, au moment où l'individu a besoin de cette protection, c'est-à-dire au moment où il agit. C'est de son statut personnel, tel qu'il existe à ce moment qu'il subira l'empire, car personne ne soutiendra qu'un individu

[1] La doctrine dont il est question au texte se recommande de l'autorité grande de MM. de Bar et Brusa qui s'efforcèrent de la faire adopter par l'Institut de droit international à la session de Bruxelles de 1885. Cette thèse n'a pas prévalu, et aux sessions d'Heidelberg (1887) et de Lausanne (1888), l'Institut a reconnu la compétence de la loi nationale de chacun des conjoints, en ce qui le concerne. Le règlement de Lausanne (art. 6) permet aux autorités du pays, où le mariage est célébré, d'accorder les dispenses exigées par la loi nationale des futurs époux. C'est une solution d'expédient, sans nul doute, mais une solution assez malheureuse. Un État porte dans les limites de sa compétence une prohibition, et c'est à un autre État complètement désintéressé dans l'affaire que l'on accorde le droit de décider jusqu'à quel point cette prohibition sera maintenue !

puisse prétendre à être protégé plus ou moins que son législateur national le juge convenable. Les lois de ce genre n'ont en aucune façon leur fondement dans la volonté de l'intéressé, elles sont impératives et une loi n'est impérative que dans la mesure et de la façon déterminées par le législateur au moment où il commande. On exprime parfois ces idées, en disant que les lois sur la capacité sont rétroactives. C'est une bien mauvaise expression étant donné qu'il s'agit ici de sauvegarder l'empire d'une loi existante et nullement d'en faire remonter l'effet à une époque antérieure à celle de sa promulgation. Il vaut mieux dire que le statut personnel n'a rien de patrimonial et ne peut pas faire l'objet d'un droit acquis.

D'autre part il est tout aussi certain, qu'un acte accompli en conformité du statut personnel des intéressés (au moment où il est fait) devient d'une validité immuable et ne peut subir les conséquences des transformations que pourrait subir plus tard ce même statut personnel. L'idée de garantie, qui s'attache à l'existence même de la loi, exige impérieusement cette stabilité[1].

158) La difficulté ne vient donc pas ici de l'incertitude des principes, mais seulement de leur adaptation aux espèces : encore ne faut-il rien exagérer. Souvent la gravité de la controverse est née du défaut de fermeté de la doctrine. Prenons pour exemple la légitimation. On se demande si la loi qui lui est applicable est la loi existant à la naissance de l'enfant ou celle en vigueur lorsque les parents font l'acte, d'où doit résulter pour lui le bénéfice de la légitimité. Aucun doute ne devrait exister sur ce point. Le statut personnel dont il s'agit représente la mesure de protection que requièrent et l'intérêt de cet enfant et l'intérêt de ceux qui se disent ses parents. A quel mo-

[1] V. à ce sujet un arrêt de la Chambre des lords (15 décembre 1899, Cl. 1902, p. 866) décidant qu'un changement de nationalité ou de domicile des époux ne peut porter aucune atteinte à leurs conventions matrimoniales.

ment ces personnes ont-elles besoin de la protection de la loi? Évidemment au moment où elles font ce pas décisif qui aura pour résultat de faire entrer un enfant dans une famille à laquelle il était jusque-là resté étranger. C'est donc au statut personnel tel qu'il existe à ce moment-là qu'il appartient de trancher les questions qui surviendront. Et que l'on n'objecte pas l'intérêt des parents ou l'intérêt de l'enfant. L'intérêt des particuliers ne peut servir de base à l'application de la loi, que lorsqu'il concourt avec l'intérêt social, et le législateur est le seul juge de la mesure dans laquelle ce concours se produit et légitime l'établissement d'une loi de protection[1].

Les mêmes raisons devraient conduire à la même solution s'il s'agissait d'une reconnaissance d'enfant naturel. Il est tout aussi certain qu'une fois un acte fait, les droits qui en découlent pour les parties ne sauraient recevoir aucune atteinte du fait du changement de leur statut personnel. C'est l'effet de la garantie que procure l'application de la loi. Mais nous entrons ici dans le domaine de l'effet international des droits acquis. Il est inutile d'anticiper sur une théorie qui viendra en son lieu.

159) On parle quelquefois du statut personnel des personnes morales et l'on ne manque pas d'observer qu'il ne saurait être question, en ce qui les concerne, de compé-

[1] Au contraire, une action tendant à faire établir la filiation légitime ou naturelle d'un enfant devrait être jugée d'après le statut personnel des intéressés au moment de la naissance de l'enfant. En faveur de cette solution on allègue d'ordinaire qu'il ne doit pas être permis à l'enfant de rendre son action plus facile, au père de la rendre plus difficile en changeant de nationalité. Il y a une raison meilleure. Dans les hypothèses prévues au texte, le résultat juridique à obtenir dépend de la volonté des parties. Cette volonté doit être protégée au moment où, par sa manifestation extérieure, elle engendre un droit qui sera irrévocable et liera dorénavant celui qui l'aura constitué au profit d'autrui. Ici il s'agit de la preuve d'un certain fait, la naissance, en vue pour l'intéressé de s'assurer les avantages attachés à ce fait par la loi. Il faut appliquer la loi contemporaine de ce fait. En résumé, le caractère déclaratif ou constitutif du fait allégué décidera de la question.

tence de la loi nationale, puisque ces personnes n'ont pas de nationalité. Par l'expression de statut personnel on désigne ici l'ensemble des droits qui peuvent être exercés au nom de l'être moral par ses représentants. Dans l'opinion commune l'étendue de ces droits dépend de la loi en vigueur dans le lieu où l'association s'est fondée, a acquis la personnalité ou fixé en général son principal établissement. On dit souvent que par nécessité le statut personnel de l'être moral est déterminé par la loi de son domicile, et cette circonstance est de nature à confirmer dans leur opinion ceux qui plaident la cause de la compétence générale de la loi domiciliaire [1].

Il n'y a là rien autre qu'un singulier abus de langage. Le statut personnel des personnes morales n'est déterminé ni par leur loi nationale ni par la loi de leur domicile. Le statut personnel des personnes morales n'existe pas. Le statut personnel est, par sa nature, une loi qui a pour essence de protéger la personne contre les abus qu'elle pourrait faire de sa liberté et de son activité. La personne morale n'existe pas, elle n'a ni liberté, ni activité, elle n'a pas besoin d'un statut personnel quelconque. Lorsque la loi accorde la personnalité à une association, elle lui concède le droit d'avoir un patrimoine distinct du patrimoine de ses membres. Les biens de l'association ne sont pas les biens des associés, ses dettes ne se confondent pas avec les leurs. Quant à lui donner une activité indépendante de celle de ses membres, la loi ne le fait pas parce que c'est impossible. Les Anglais disent de leur parlement qu'il ne peut pas faire un homme d'une femme : à plus forte raison aucun législateur ne peut-il faire une personne de rien du tout. La personne morale a, il est vrai, ses représentants, et il le faut bien, mais ceux-ci ne sont rien autre que les mandataires des associés, et jamais on n'a eu l'idée de qualifier de statut personnel l'ensemble des pouvoirs conférés au mandataire par son mandant.

[1] V. par exemple : Gand, 23 juillet 1887, Cl. 88, p. 842.

Les pouvoirs des représentants de la personne morale dépendent à la fois et de l'objet de la société, c'est-à-dire du contrat d'association, et de la loi qui limite les droits qu'il est permis à des associés de déléguer à leur mandataire commun. Mais ce qui prouve bien que cette loi n'a rien ici d'un statut personnel c'est que, dans chaque pays, elle n'est faite que dans l'intérêt de l'ordre public. Elle s'applique cependant dans tous les pays où les représentants de la personne déploieront leur activité, et la raison en est simple. Les pouvoirs de ces représentants ont leur source dans le mandat qu'ils ont reçu et l'étendue de ce mandat dépend elle-même de la loi sous l'empire de laquelle il a été donné. Ils agissent non pas en vertu de la prétendue capacité d'une personne inexistante, mais en vertu d'un droit régulièrement acquis, lequel mérite d'être respecté partout, mais dans les limites seulement où il a été acquis[1].

Dans l'hypothèse, l'application de la loi étrangère est due non pas à sa personnalité, mais à l'effet international de sa territorialité. On voit donc qu'à bien examiner les choses, on est fort loin ici de l'état de fait qui a motivé la création du statut personnel.

[1] Cette façon d'envisager les choses ne détruit pas l'intérêt de la célèbre question de la nationalité des sociétés. Bien qu'il soit peu exact de parler de nationalité ou de domicile en cette matière, ces notions ayant été créées pour les individus et non pas pour les personnes morales, il faut savoir où une société a été fondée, quel a été son siège initial, car l'étendue des droits de la personne morale dépend, en premier lieu, des lois en vigueur dans ce pays. La difficulté de la question est célèbre (cf. Despagnet, *Précis*, pp. 116 et suiv. ; Thaller, *Droit commercial*, p. 425). Quel que soit le parti que l'on adopte sur ce point, nous remarquerons que la prétendue nationalité (ou le prétendu domicile) de la personne morale est immuable. Elle aura beau déplacer ses établissements, il sera toujours vrai qu'elle a été fondée dans un certain pays dont la législation mesure (dans la limite où ils ne sont pas abandonnés à la volonté des parties) les droits dont elle jouit. S'il fallait absolument parler ici de statut personnel, nous dirions qu'une société ne peut avoir qu'un statut personnel d'origine.

CHAPITRE XII

Du domaine du statut personnel.

160. Criterium de la loi de protection individuelle. — 161. Lois d'état et de capacité. — 162. Aspect moderne de la controverse sur la personnalité et la réalité des statuts; la *lex loci actus*. — 163. Exceptions à l'extraterritorialité des lois de capacité. — 164. Les lois de protection ne créent pas toujours des incapacités. — 165. Elles sont toujours extraterritoriales. — 166. Avantage de cette extension du domaine de la personnalité. Exemple de la tutelle. — 167. Applications de notre doctrine. — 168. Donations et testaments. — 169. Compétence attribuée à la loi personnelle du disposant. — 170. Conditions immorales et illicites. — 171. Substitutions fidéicommissaires. — 172. Donations entre époux. — 173. Effets des dispositions à titre gratuit. — 174. Des successions. Évolution des idées. — 175. Les lois successorales, lois de protection individuelle. — 176. De la réserve. — 177. Indignité. Incapacités en matière successorale. — 178. Des rapports. — 179. Dérogations à la personnalité des lois successorales; lois de crédit public, etc. — 180. Autres matières ou institutions soumises au statut personnel; conventions, hypothèque légale de la femme mariée, etc. — 181. Égalité des deux statuts personnel et réel dans notre doctrine. *Quid?* en législation.

160) Ce chapitre sera consacré à des applications de la doctrine précédemment exposée. Nous nous bornerons, du reste, à donner quelques directions générales car, pour réunir toutes les applications dont la compétence du statut personnel est susceptible, un simple chapitre ne suffirait pas, il faudrait un livre. Au moins essaierons-nous de grou-

per dans ces quelques pages les conséquences les plus caractéristiques de nos principes. Nous avons déjà montré fort brièvement ce que sont ces lois de protection individuelle qui constituent le domaine propre au statut personnel. Revenons à cette matière pour l'examiner de plus près.

La caractéristique commune à ces lois est qu'elles réalisent leur effet utile en la personne qui subit leur application. Le bien social, objet nécessaire de toute loi, se réalise par l'intermédiaire de l'avantage particulier de la personne qui subit directement l'effet de la loi [1]. En tant que ces lois imposent à la liberté une limitation, à la conduite une direction, au silence lui-même une interprétation déterminée, il faut que l'on puisse dire que le législateur ne demande à l'homme qu'un sacrifice intéressé et dont il recueillera lui-même le fruit, pour que la loi doive être

[1] Le principe de notre doctrine la sépare très nettement ici, soit de la jurisprudence française, qui limite le domaine du statut personnel aux lois concernant l'état et la capacité de la personne, soit surtout de la pratique anglaise qui est restée, comme on sait, la gardienne la plus fidèle des traditions statutaires. La jurisprudence anglaise présente en cette matière deux caractères bien particuliers, relatifs l'un à la détermination du statut personnel, l'autre à l'étendue de son empire. Sur ce dernier point on remarquera ceci : 1° les puissances paternelle et maritale réputées, chez nous, comprises dans le statut personnel, sont, en Angleterre, soumises à la loi territoriale (Dicey, *Digeste*, Règles 127 et 128. A bien examiner ces deux règles, la différence paraîtra ici plus apparente que réelle) ; 2° les droits des parents sur les biens meubles de l'enfant sont, bien qu'un doute existe sur ce point, probablement réglés par la loi territoriale (R. 129). La même compétence est certaine s'il s'agit d'immeubles (R. 138) ; 3° le gardien d'un mineur, tuteur ou curateur n'a, en Angleterre, que l'autorité qu'il plaît à la Cour de lui reconnaître (R. 130) ; il ne peut disposer ni des immeubles (R. 138), ni peut-être même des meubles (R. 132) appartenant à son pupille en Angleterre (cf. pour les aliénés les R. 135 et 136) ; 4° la capacité en matière immobilière dépend de la loi de la situation (R. 138 et *Commentaire*, p. 517) ; 5° bien que la capacité en matière mobilière soit, en général, de la compétence de la loi du domicile, les actes faits pas une personne capable, d'après la loi de la situation, sont tenus pour valables (R. 141). On ne peut méconnaître le défaut d'une telle variété. Elle engendre l'incertitude du droit et lui fait perdre une notable partie de sa force dans les relations internationales. (Cf. Westlake, *International law*, ch. II et III.)

comptée parmi celles que nous appelons lois de protection individuelle. Que si, au contraire, le sacrifice imposé à l'un profite à tous les autres, s'il n'est pour celui qui le supporte qu'une charge sans compensation particulière, la loi est de garantie sociale et appartient au domaine du statut réel. Appliquons ces idées aux divers rapports soumis à la juridiction du statut personnel.

161) *Lois d'état et de capacité.* — Les premières lois à nommer dans cet ordre d'idées sont celles qui concernent l'état et la capacité des personnes, car c'est à leur sujet que l'empire du statut personnel s'est imposé tout d'abord et n'a jamais cessé de rallier l'unanimité des suffrages. Les lois d'état sont de toutes celles dont le caractère extraterritorial est le moins discuté. Pour les statutaires, elles avaient cette qualité de concerner la personne aussi directement, aussi exclusivement que possible; pour nous elles présentent très nettement le caractère de lois d'intérêt individuel. Les lois d'état sont des lois de classement qui président à la distribution des individus dans la société. Si elles intéressent la société, ce qui est incontestable, elles intéressent bien davantage les individus auxquels elles s'adressent, étant pour eux le principe de leurs droits et de leurs devoirs. Un classement social est la première protection due par le législateur à l'individu. En cette matière la compétence du statut personnel n'est pas contestée et si l'on peut reprocher quelque chose à la loi, c'est plutôt d'exagérer la portée de ce principe et de le pousser à des conséquences qu'il ne comporte nullement. C'est ainsi que notre jurisprudence refuse de reconnaître la compétence des tribunaux français dans les questions d'état concernant les étrangers, ne consentant à se départir de sa rigueur que lorsqu'elle doit aboutir à un véritable déni de justice. Nos magistrats ont pensé que la compétence exclusive de la loi nationale doit entraîner la compétence exclusive des juridictions nationales. Il n'y a cependant pas de relation nécessaire entre ces deux

termes, et fréquemment le refus de statuer met en fait les intéressés dans l'impossibilité de poursuivre leur droit[1].

Les lois de capacité ont, à notre point de vue, une histoire plus longue et plus illustre que les lois d'état. Elles fournissaient autrefois leur principal champ de bataille aux luttes entre la personnalité et la réalité. Ce champ clos n'est pas encore abandonné aujourd'hui. Et cependant le principe est certain.

Il est clair que les lois de capacité ne peuvent produire leur effet que si on les déclare extraterritoriales. Aussi nos vieux auteurs ne niaient-ils pas leur caractère personnel, ils s'efforçaient seulement d'en réduire autant que possible l'importance. Ils disputaient à cet effet sur l'acception du mot personnel et beaucoup, à la suite de d'Argentré, ne voulaient l'appliquer qu'aux lois concernant la capacité générale de la personne. Puis il ne fallait pas que la personnalité des lois de capacité portât atteinte au dogme trois fois saint de la réalité des lois immobilières et ils exigeaient de leur statut personnel qu'il fût pur de toute matière réelle. De là les statuts mixtes de d'Argentré, de là les divers procédés inventés, particulièrement par l'école hollandaise, pour affaiblir la portée d'une règle que l'on ne pouvait pas ne pas reconnaître, mais dans laquelle on s'obstinait à voir l'ennemie des principes les plus certains du droit. C'est ainsi que Bourgoigne admet que le statut personnel décide de la

[1] Il existe sur ce point, en France, une jurisprudence ancienne et constante. La compétence de la loi nationale a eu ici cet autre effet, de faire déclarer exécutoires sans revision les jugements étrangers rendus en matière d'état des personnes. Il semble que les tribunaux aient voulu marquer plus profondément, au moyen de ces avantages accessoires, la compétence exclusive de la loi nationale en ces matières. En ce qui concerne l'exécution des jugements, ils n'ont fait, à notre avis, qu'appliquer les vrais principes, mais sur la question de compétence ils ont méconnu les nécessités de l'administration de la justice. Il importe surtout au plaideur de saisir facilement le tribunal de sa demande, il lui importe peu d'être jugé en pareille matière par des nationaux ou par des étrangers. La solution de la jurisprudence serait plus intelligible, si le statut personnel dépendait du domicile, car le plaideur jouirait alors du bénéfice des lois ordinaires de la compétence.

validité ou de l'invalidité du droit, mais non pas de l'effet qu'il peut produire sur un bien situé à l'étranger et que Paul Voet restreint son efficacité aux biens situés dans le ressort de la coutume du domicile [1].

Les ouvrages anciens sont remplis de controverses de détail sur la nature réelle ou personnelle de tel ou tel statut. Leurs auteurs se sont usés dans des escarmouches de tirailleurs, victimes d'un principe par trop étroit et de l'entêtement qu'ils mettaient à le soutenir.

162) La lutte n'a pas cessé sur ce terrain des lois de capacité, mais les conditions en ont changé. Aujourd'hui on ne doute plus que le statut personnel de capacité n'ait effet sur les immeubles comme sur les meubles. Personne en France ne s'aviserait de soutenir que l'art. 3, § 2, du code civil exige de la personne qui dispose d'un immeuble la capacité requise par la loi de la situation. On concédera volontiers la personnalité même aux lois de capacité qui concernent exclusivement les immeubles (comme les lois sur le régime dotal [2]), mais la lutte entre la personnalité

[1] Les réalistes de l'école de d'Argentré traitaient le statut personnel comme Argan le compte de son apothicaire. Ils l'admettaient pour le principe sauf à chicaner sur chaque article, afin de réduire à néant la concession faite d'abord. La distinction des incapacités générales et spéciales, qui fut pour eux un article de foi, repose sur un pur prétexte, l'allégation que les unes modifient la condition de la personne, les autres non. Quant à leur prétention d'exclure du statut personnel tout ce qui touche aux biens, elle ne tiendrait à rien moins qu'à ruiner entièrement la personnalité des lois de capacité. Les opinions particulières rappelées au texte ne sont pas les seules qui se soient produites (cf. Lainé, t. II, pp. 114 et suiv.) : il semble que, parmi les jurisconsultes hollandais surtout, c'était à qui découvrirait les pires subtilités pour priver le statut personnel d'une plus grande partie de son effet. On doit convenir de ce fait que Dumoulin, quoique plus large, n'allait pas jusqu'à reconnaître un effet extraterritorial à tous les statuts concernant l'état et la capacité. Il ne décidait ainsi que pour ceux qui lui semblaient conformes à la *vis juris communis*. C'est sans doute moins significatif encore que les statuts favorables ou odieux de Bartole et de Balde.

[2] La jurisprudence, cependant, n'est pas allée jusque-là : elle tient l'inaliénabilité dotale pour réelle, bien qu'en droit intérieur on soit d'accord pour y voir une incapacité bien plutôt qu'une indisponibilité.

et la réalité subsiste cependant. Les réalistes de nos jours n'invoquent plus le dogme de la territorialité immobilière, ils s'appuient avec trop de complaisance sur le respect dû à l'ordre public. C'est ainsi, on le sait, que notre jurisprudence interprète l'art. 3, § 3, elle admet que la capacité de l'étranger en France est régie par sa loi nationale, mais elle fait céder ce principe dans le cas où le Français a pu ignorer la nationalité de celui avec qui il contractait. Des restrictions de ce genre sont admises dans les codifications les plus récentes (la loi italienne exceptée[1]). La législation tend visiblement au principe qui se contente d'une capacité reconnue ou par la loi nationale de l'intéressé ou par la loi du lieu où il contracte.

[1] La tendance générale des législations sur ce point est de proclamer, en principe, la compétence du statut personnel, sauf à regarder l'acte fait comme valable, lorsque la personne qui en était l'auteur remplissait les conditions de capacité requises par la loi intérieure. La compétence de la *lex loci actûs* est bien admise, mais en tant seulement qu'elle aboutit à donner application à la loi du juge saisi. Aussi faut-il attribuer cette exception aux principes moins à la considération de la *lex loci actûs*, qu'à la préférence marquée de tout législateur pour son œuvre. Cette singulière forme de l'amour paternel est, sans contredit, un des plus gros obstacles qui existent à l'établissement d'un bon système de règles touchant la solution des conflits de lois. Elle n'a même pas cette excuse de servir les intérêts de la nation qui l'adopte, car ce que sa loi nationale gagnera chez lui, elle le perdra à l'étranger. Cette tendance n'est pas nouvelle. Le code prussien, § 35, et le code autrichien, § 35, entre la loi personnelle de l'étranger et la loi locale, en tant que *lex loci actûs*, donnent la préférence à celle qui favorise davantage la validité du contrat. Il en est de même du code suisse des obligations art. 822, du code civil saxon §§ 7 et 8, du code civil grec art. 4, et de quelques autres encore. A plus forte raison les législations qui, comme le code civil hollandais, paraissent (v. Asser dans la *R. D. I.*, 1869, pp. 113 et suiv.) soumettre les étrangers au même droit que les nationaux (art. 9) laissent-elles au juge la faculté d'admettre un système semblable. Parmi les législations les plus récentes, les unes, comme les codes civils italien et portugais, admettent une égalité complète entre étrangers et nationaux (ital., art. 6; port., art. 27). Le code civil allemand est conforme à l'ancien code prussien. Pour les actes conclus par un étranger en Allemagne, il suffit de la capacité exigée par la loi allemande, si celle-ci est plus large que le droit national de l'étranger (art. 7). En outre, la loi allemande peut devenir applicable en cas de renvoi (art. 27).

Il est assez curieux de voir renaître à notre époque cette compétence de la *lex loci actus* en matière de capacité, qui fut autrefois prépondérante en Angleterre et qui y tient actuellement encore une certaine place. On en attribue l'origine à une méprise, à une confusion faite entre la *lex loci contractus* et la *lex fori*. Comment expliquer sa récente résurrection? Incontestablement par le souci du crédit public qui préfère les actes valables aux actes nuls, et ne peut que profiter de toutes les concessions faites sur la rigueur du droit dans l'intérêt de la validité des actes juridiques. Cette explication est-elle suffisante? Je ne le crois pas et, bien que cette atténuation aux principes ait gagné le suffrage de bons jurisconsultes, je la rejetterai. Elle a un tort capital à mes yeux, celui d'affaiblir et presque d'annihiler la force obligatoire de la loi. C'est un résultat parfois inévitable en droit international, mais qui doit être soigneusement écarté quand on le peut, car rien n'est plus dangereux que cela. Se contenter, pour la validité d'un acte juridique, de la capacité exigée par la loi du lieu où l'acte est fait, c'est permettre à tout incapable de faire tomber les liens enchaînant sa volonté, en contractant dans un pays quelconque où son incapacité n'existe pas. C'est donc lui permettre de se jouer de la condition exceptionnelle que son législateur national lui a imposée, parce qu'il la croyait nécessaire à la sauvegarde de ses intérêts. C'est rendre cette sauvegarde inutile.

On allègue le danger qu'il y a à traiter avec un étranger dont on ignore et la loi personnelle et l'incapacité possible. Ce danger existe, mais on ne doit pas l'exagérer. Il n'existe que pour les actes d'une certaine importance et, à l'occasion de ces actes, il est d'usage de se renseigner sur la personne avec laquelle on contracte. Ce même danger existe, du reste, dans le commerce intérieur et pourtant en aucun pays on n'a considéré qu'il fût de nature à faire priver de leur effet légal les lois sur les incapacités. Il peut être difficile de savoir si l'étrangère avec laquelle on

contracte est mariée ou ne l'est pas, mais il n'est pas moins difficile de le savoir d'une compatriote et cependant cette considération n'a jamais empêché cette dernière d'invoquer son incapacité. Pourquoi en serait-il autrement dans le premier cas[1] ? Ces retours à la *lex loci actus* sont moins inspirés par le juste souci du crédit public, que par la préférence irraisonnée que les juges et le législateur lui-même tendent à donner à leur propre loi sur les lois étrangères[2].

[1] Il paraîtrait plus raisonnable de revendiquer les droits de la souveraineté territoriale quant aux mesures de publicité qui doivent accompagner la création de certaines incapacités. En exigeant qu'elles aient été accomplies dans un pays pour que l'étranger puisse s'y prévaloir de son incapacité, on ne ferait qu'appliquer les principes, car ces lois sont indubitablement territoriales. Il est curieux d'observer que la jurisprudence ne maintient pas cette exigence.

[2] La jurisprudence française prend comme point de départ cette idée, que l'art. 3, § 3, du code civil n'ayant pas parlé de l'état et de la capacité de l'étranger en France, a par là même laissé au juge la liberté d'apporter à la personnalité des lois de cette sorte certaines atténuations que le texte de l'article ne permettrait pas, s'il s'agissait du Français à l'étranger. Voyons ce que sont ces atténuations, en laissant de côté le cas de fraude, exception universellement admise. Dans son arrêt du 17 juillet 1833 (S., 33-1-663) la Cour de cassation admet que tout acte fait en France, conformément aux lois françaises, doit y être tenu pour valable ; elle dit, en outre, que le Français contractant ne doit pas souffrir de l'application de lois étrangères qu'il ne connaissait pas et qu'il ne pouvait pas connaître. L'année suivante, la Cour de Paris (17 juin 1834, S., 34-2-371), statuant dans le cas d'un mineur étranger, majeur suivant les lois françaises, reconnaît au mineur le droit d'invoquer dans sa patrie les lois de sa patrie, mais lui refuse, en France, le droit d'opposer à un Français des lois étrangères qu'il n'a pas dû connaître et qui, *par conséquent, ne sont pas obligatoires pour lui*. Dans un autre arrêt (15 octobre 1834, S., 34-2-657) la même Cour admet que l'on est autorisé à considérer comme Français soumis aux lois françaises l'étranger domicilié en France. Ces deux décisions ont été rendues en matière commerciale. Dans la célèbre affaire Lizardi (Cass., 16 janvier 1861, S., 61-1-305) la Cour avance que si, en principe, le statut personnel de l'étranger peut être reconnu en France, ce n'est qu'autant qu'il ne peut en résulter ni erreur ni surprise pour un contractant de bonne foi. Cet arrêt a fixé la jurisprudence qui, dès lors, a toujours subordonné aux circonstances de fait la validité ou la nullité de l'engagement pris en France par l'incapable étranger (v., par exemple, Paris, 8 février 1883, S., 83-2-169), tenant compte, le plus souvent, de l'importance plus ou moins grande de

Un seul cas doit être réservé, le cas de fraude qui fait l'objet d'une exception admise par le droit antérieur[1].

163) Naturellement il ne saurait être question, de nos jours, des restrictions fantaisistes apportées par les statutaires à l'effet extraterritorial des lois de capacité. On admet pourtant que les incapacités sont, par exception, territoriales, lorsqu'elles ont une origine ou politique ou pénale. La première de ces exceptions est tout à fait justifiée, elle l'est dans notre système mieux que dans tout autre. Puisque les lois sur la capacité ne sont personnelles que parce qu'elles tendent à la protection de la personne, il est logique de refuser cet effet à celles qui s'inspirent non d'une idée de protection pour la personne, mais de considérations politiques propres au pays qui les a émises et qui ne jouent aucun rôle dans le commerce international. La territorialité des incapacités pénales tient à d'autres raisons. C'est une face de la territorialité des peines, principe traditionnel certain que nous n'avons pas

l'acte incriminé ainsi que de la bonne ou de la mauvaise foi des parties (v., par exemple, Trib. Seine, 2 juillet 1897, Cl. 98, p. 363 ; Paris, 16 novembre 1898, Cl. 99, p. 364, et surtout Cass., 29 juillet 1901, Cl. 1901, p. 971, arrêt remarquable aussi en ce qu'il a cassé la décision de la Cour d'appel, pour n'avoir pas pris en considération la loi étrangère, encore qu'aucun texte ne commandât son application). Au point de vue de la méthode, cette jurisprudence ne se défend pas. En admettant même que dans le silence de l'art. 3, § 3, l'étranger ne doive pas être considéré comme ayant un droit absolu à l'application de son statut personnel, cette circonstance ne saurait autoriser les juges qu'à se référer ou aux traditions historiques ou à quelque principe universellement admis. Or leur système n'a aucune racine dans la doctrine des statuts et il compte parmi les solutions les plus contestées. C'est, en réalité, une solution nouvelle en France, et l'on reconnaît sans peine la théorie antijuridique de la préférence accordée à l'intérêt français, théorie mitigée et obscurcie par des considérations d'équité indéfiniment variables.

[1] Il y a fraude lorsque l'incapable a recouru à des manœuvres dolosives pour faire croire à sa capacité. Il ne suffirait pas, d'après notre jurisprudence, qu'il eût pris dans un acte la qualité de majeur (Tunis, 12 juin 1896, Cl. 98, p. 548).

à juger ici. Cette seconde exception ne paraît pas devoir être poussée aussi loin que la précédente. Elle n'est pas absolue. Certaines incapacités prononcées comme accessoires de condamnations criminelles visent bien moins le châtiment du coupable, que la protection de certaines personnes soumises par la loi à son autorité et qui auraient à souffrir de l'état de dégradation morale dans lequel il est tombé. Ce sont en quelque sorte des déclarations d'indignité : à notre avis, elles devraient être soumises au droit commun des incapacités. Telle est la déchéance de la puissance paternelle instituée par la loi de 1889, telles seraient toutes les mesures prises par souci des intérêts de la famille du condamné [1].

En général donc et sauf ces quelques exceptions, le statut personnel comprend toutes les incapacités : mais son domaine s'étend beaucoup plus loin encore, non par une simple analogie, mais parce que l'idée de protection individuelle couvre un terrain beaucoup plus vaste que celui de la simple capacité.

164) Les lois d'incapacité, réserve faite des quelques exceptions que nous venons de mentionner, sont toutes des lois de protection, mais la réciproque n'est pas vraie, toutes les lois de protection ne créent pas des incapacités. Celles-ci sont des mesures de protection qui se réalisent par l'interdiction portée contre une personne de faire un

[1] La jurisprudence (Aix, 13 novembre 1897, Cl. 98, p. 558 ; Paris, 25 avril 1899, Cl. 99, p. 823 ; v. cep. Trib. Seine, 20 juin 1896, Cl. 96, p. 1055) n'hésite pas à appliquer la loi du 24 juillet 1889 aux étrangers résidant en France, lui donnant ainsi un effet territorial. Ces arrêts doivent être approuvés, au moins s'il s'agissait d'enfants ne trouvant pas dans leur statut personnel la protection qui leur était nécessaire. Mais il n'en demeure pas moins vrai qu'elle est, par nature, applicable aux Français à l'étranger. Nous nous trouvons ainsi en présence d'une loi à la fois extraterritoriale et territoriale. C'est un cas tout à fait exceptionnel et comme cette exception a pour objet de donner une protection plus complète aux enfants qui en ont le plus urgent besoin, elle doit être admise. Cf. notre étude sur la *Déchéance de la puissance paternelle*, Cl. 1892, pp. 5 et suiv.

acte juridique soit avec une personne quelconque, soit avec une personne déterminée. Or ce moyen n'est pas le seul qu'emploie le législateur pour garantir l'individu des conséquences préjudiciables que peut entraîner sa faiblesse ou le danger particulier à sa situation. La nullité édictée dans l'intérêt de la personne peut tenir non pas à la condition de la personne ou à la gravité seule de l'acte accompli, par exemple à l'époque où l'acte a été fait (comme dans les traités passés par le pupille devenu majeur avec son ancien tuteur) ou à toute autre circonstance de nature à faire douter de la légitimité du consentement exprimé.

Mais il faut aller plus loin. La protection de l'individu ne se réalise pas seulement par l'annulation des actes faits contrairement aux prescriptions de la loi. D'autres moyens sont employés par le législateur qui, sans être aussi radicaux, concourent efficacement à cet objet. Souvent il arrive que la loi, sans prohiber un acte, le soumette à des conditions plus ou moins rigoureuses, à certaines formes, par exemple, ou à l'approbation de certaines personnes, ou encore qu'elle permette à l'auteur de cet acte de le révoquer, s'il juge bon de ne pas le maintenir, tout cela parce que les intérêts de la personne que l'acte intéresse paraîtraient exposés, si l'on se bornait à faire application à cet acte du droit commun.

165) Quel que soit le moyen employé, lorsque le but de la loi est le même, son effet doit aussi être le même au point de vue international. Toujours il demeure vrai de dire que les lois de cette sorte ont besoin de cette continuité qui est la première qualité de toute mesure prise pour la protection de la personne, donc qu'elles sont extraterritoriales. En raisonnant ainsi nous nous séparons à la fois de la doctrine des statuts et de l'école italienne moderne; de la doctrine des statuts, parce que bien loin d'opposer les lois qui concernent la personne aux lois qui concernent les biens, nous pensons que ces dernières doivent être jugées

d'après les relations qu'elles présentent avec la personne elle-même ; de l'école italienne, parce que si nous décidons que ces lois sont personnelles, ce n'est point du tout en vertu d'une règle générale applicable, sauf exceptions, à des lois quelconques, mais parce qu'il faut que ce caractère leur soit reconnu pour assurer leur effet.

166) Cette extension rationnelle du domaine de la personnalité est sans doute l'un des traits caractéristiques de notre doctrine, un de ceux aussi qui doivent la recommander, car elle évite, grâce à son principe, des inconséquences que la doctrine commune est obligée de supporter. En voici un exemple. L'institution de la tutelle est un corollaire de l'incapacité générale du mineur ou de l'interdit. Le tuteur chargé de la gestion du patrimoine de l'incapable agit pour lui et le représente dans tous les actes de la vie civile qui doivent être accomplis pour le compte du pupille. Mais les pouvoirs du tuteur ne sont pas eux-mêmes illimités. Dans notre système français, il ne peut pas faire seul les actes les plus importants, il lui faut parfois l'autorisation du conseil de famille, parfois, en outre, l'homologation du tribunal, ou bien encore on l'oblige à suivre certaines formes déterminées.

Il est évident que toutes ces dispositions poursuivent un objet analogue. Si le mineur n'était pas lui-même incapable, si l'on n'avait pas été obligé de désigner un tiers pour s'occuper à sa place de la gestion de son patrimoine, aucune de ces dispositions ne se comprendrait. Il y a donc entre elles une unité très apparente, la similitude du but à atteindre, et l'on concevrait avec peine que des règles aussi voisines les unes des autres fussent soumises à un régime international différent.

C'est ce qui arrive cependant dans notre pratique française. En général nos tribunaux admettent sans difficulté que la loi de la tutelle, qui est la loi personnelle du mineur, définit les pouvoirs du tuteur et, par suite, les conditions qu'il devra remplir pour que les actes par lui faits soient

valables. En cela ils se montrent peu conséquents avec eux-mêmes et cèdent inconsciemment aux raisons qui sont à la base de notre doctrine. Il ne s'agit, en effet, pas ici des actes d'un incapable, mais des actes d'une personne parfaitement capable, le tuteur. Si l'on étend aux uns la règle internationale posée pour les autres, c'est que tous poursuivent un même but, assurer au mineur ou à l'interdit la protection dont il a besoin.

Mais précisément, parce qu'elle s'appuie sur une simple analogie et non pas sur une idée générale bien certaine et bien nette, notre jurisprudence, au risque de commettre une seconde inconséquence, hésite beaucoup à appliquer la loi personnelle du mineur aux formes des actes concernant le mineur. Ce point est un des derniers refuges de la territorialité ancienne. La jurisprudence anglaise, plus fidèle aux traditions, n'hésite pas, quand il s'agit d'immeubles, de prescrire à des incapables étrangers l'observation des formes établies par les lois de la situation [1]. Sur le continent on parlera plus volontiers dans ce cas de la règle *locus regit actum* dont l'application aboutit le plus souvent au même résultat, les actes concernant les immeubles étant faits d'ordinaire aux lieux où ces immeubles sont situés [2].

[1] La jurisprudence anglaise n'admet même pas un tuteur à gérer la fortune immobilière de l'incapable s'il n'a pas été nommé en Angleterre ou si, au moins, sa nomination, faite à l'étranger, n'y a pas été confirmée. De Bar attribue ces particularités à l'influence que le droit féodal n'a pas cessé d'exercer sur la pratique anglaise (*Theorie und Praxis*, t. I, pp. 570 et suiv.).

[2] V. en ce sens un article fort intéressant dans Cl. 1880, pp. 292 et suiv. L'auteur se place surtout au point de vue des difficultés de fait que présente la solution contraire. Ce système est celui des traités du 15 juin 1869 avec la Suisse et du 1er avril 1874 avec la Russie. En faisant intervenir dans une matière concernant la protection de la personne une règle inventée exclusivement en vue de faciliter aux étrangers la pratique du commerce international, on détourne (Weiss, *Traité théorique et pratique*, t. III, pp. 337 et suiv.) la règle de son domaine traditionnel d'application. Il n'appartient pas à la loi du lieu où l'aliénation d'un bien de mineur est faite de dire si elle se passera en justice ou si elle pourra être amiable. Il lui appartient de déterminer les formes qui devront être suivies dans le cas où, d'après la loi personnelle

Partant de ce principe on imposera aux incapables étrangers l'accomplissement de formalités coûteuses, celles d'une vente aux enchères, par exemple, ou encore d'un partage en justice, alors même que leur législateur national juge inutile de les y soumettre. On aura ainsi l'exemple de personnes plus amplement protégées à l'étranger qu'elles ne le sont dans leur pays, résultat que nul système rationnel de droit international privé ne saurait admettre [1].

167) L'extension normale de la compétence du statut personnel à toutes les lois qui visent à la protection de la personne soumise à leur empire engendre une foule de conséquences intéressantes. Un examen rapide de ces conséquences sera de nature à nous fixer sur le domaine véritable du statut personnel. La doctrine courante limite cet empire au droit de la famille et à la capacité. Nous montrerons qu'il s'étend aussi aux contrats, aux dispositions à titre gratuit, aux successions. Laissons de côté pour le moment les contrats et aussi ce qui concerne la forme des actes, ces matières devant être traitées dans des chapitres séparés, et attachons-nous aux applications de notre doctrine que provoquent la matière des dispositions à titre gratuit et celle des successions.

168) Les actes de disposition à titre gratuit sont le grand domaine du statut personnel et il est d'autant plus utile

de l'incapable, cette aliénation ne pourra être que judiciaire. Dans sa compétence ordinaire, la règle *locus regit actum* ne décidera pas si des formes particulières seront suivies, mais seulement en quoi consisteront ces formes lorsque la loi de la tutelle en aura commandé l'observation (v., en ce sens, de Bar, *Theorie und Praxis*, t. I, pp. 573 et suiv.).

[1] Conformément à ces principes, nous admettons sans hésitation que des biens situés en France et appartenant à des mineurs italiens pourront être valablement partagés entre eux sans recourir aux formes du partage judiciaire. (En ce sens, décision de la Direction générale du registre foncier (Espagne), 7 décembre 1894, Cl. 96, p. 675; également, Trib. de paix, Medenblik, 20 janvier 1893, Cl. 96, p. 683; Contrà Arlon, 1er mars 1894, Cl. 95, p. 171.)

d'insister sur cette vérité, qu'elle a été plus longtemps méconnue et qu'après des débats dont l'origine remonte au droit le plus ancien, la doctrine et la pratique n'ont pas su édifier ici une théorie nette, solide, correspondant aux idées générales qui inspirent cette partie importante de la législation civile[1].

Si l'on écarte les présents d'usage et certaines donations faites pour aider à l'établissement d'enfants ou de parents proches, on peut dire que toute donation est un acte suspect aux yeux du législateur qui a dû prendre d'infinies précautions pour empêcher la fraude d'user des mille moyens qu'elle sait mettre à son service, pour décider l'individu à se dépouiller, à dépouiller sa famille au profit de tiers aussi peu intéressants que peu scrupuleux. De là est venue la définition même de la donation et cette double condition d'actualité et d'irrévocabilité qui lui est essentielle, de là les multiples incapacités propres à cette matière, de là les règles de fond qui singularisent ce contrat au milieu de tous les autres ; de là même a découlé cette exigence de formes solennelles, exigence si rigoureuse que la pratique a dû admettre qu'elle pouvait être éludée.

Dans la matière des testaments l'esprit est le même, et cela explique le grand nombre des règles communes à ces deux modes de disposer des biens à titre gratuit. Le nombre des précautions prises est pourtant moins grand. Déjà, parce qu'il est révocable, le testament est moins dangereux que la donation irrévocable. Puis le testament est unilatéral, il peut aisément être clandestin et se passer de toute immixtion de tierces personnes, puis il est l'expression d'une liberté plus sacrée, le droit appartenant à l'homme, qui sent que son heure est proche, de distribuer ses biens de la façon la plus convenable entre ceux qui se partagent son affection. Tous ces motifs justifient une la-

[1] Sur cette matière, bien injustement négligée par les auteurs, on consultera avec fruit la monographie de M. Théodore Missir : *Des donations entre vifs en droit international privé*, Paris, Rousseau, 1900.

titude plus grande dans la matière des testaments. Ce n'est pas à dire cependant que le législateur y ait abdiqué son rôle de tuteur des intérêts particuliers de ses sujets.

L'empire de la loi personnelle pour tout ce qui concerne la capacité de donner et de recevoir est trop évident pour qu'il soit nécessaire de le justifier. Une observation doit être faite cependant. Beaucoup de ces incapacités (celles que l'on appelle relatives) se présentent sous la forme double d'une incapacité de donner et de recevoir entre deux personnes déterminées, le mineur et son tuteur, le malade et son médecin, le père naturel et son enfant. Il est possible que les deux personnes intéressées aient des statuts personnels différents, voire même contradictoires. Lequel l'emportera ? La controverse règne sur ce point, bien à tort à la vérité, car il n'est douteux pour personne que ces diverses incapacités ont été créées comme autant de garanties pour la liberté du donateur. C'est donc le seul statut du donateur qui est compétent dans ces hypothèses. La loi du donataire ne recevra son application que dans les cas d'incapacité créée dans l'intérêt du donataire. A cette classe appartient le cas du mineur qui ne peut recevoir par donation ou testament sans une autorisation du conseil de famille. On a voulu lui permettre d'échapper à des libéralités trop onéreuses ou peut-être compromettantes; c'est évidemment à son législateur national que revient la tâche de décider dans quelle mesure une semblable protection lui est nécessaire.

169) Passons aux règles de fond. Les donations entre vifs nous en offrent tout d'abord une qui est capitale et de laquelle découlent à peu près les traits caractéristiques du contrat de donation, la règle de l'actualité et de l'irrévocabilité. Il a été commis à son égard les méprises les plus étranges et les moins intelligibles. Parce qu'il ne s'agit pas ici précisément d'une règle de capacité, on a écarté sur ce point l'autorité du statut personnel et, quand il s'est agi de trouver la loi compétente, on a eu recours aux sys-

tèmes les plus extraordinaires pour lui donner qualité. Certains auteurs s'attachent à cette circonstance, que la donation est un contrat et soumettent le principe d'irrévocabilité soit à la loi choisie par les intéressés, soit à la loi du lieu où l'acte est fait par interprétation de cette volonté[1]. Il faut fermer les yeux avec une singulière énergie sur les intentions du législateur et sur le sens de son œuvre, pour soutenir en droit international une opinion qui remet à la libre volonté des intéressés un principe qui en droit intérieur domine absolument cette volonté.

La pratique et avec elle un second groupe de jurisconsultes incline à appliquer ici, comme sur tant d'autres points, le droit des successions[2]. C'est encore une méprise grossière. Quel rapport y a-t-il entre un acte voulu et convenu par les intéressés, soumis dans leur propre intérêt à des conditions rigoureuses, et un régime légal établi pour avoir son effet lorsque le *de cujus* n'a exprimé aucune volonté, lorsqu'il s'agit par suite de régler la dévolution de son patrimoine conformément à ses affections et à ses inten-

[1] Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *Donations*, I, p. 707. Il est impossible d'altérer le caractère d'une loi plus que ne le fait cette solution. On sait les précautions minutieuses prises par le législateur pour déjouer les fraudes qui tenteraient de porter atteinte au double principe de l'actualité et de l'irrévocabilité. Faire dépendre de la volonté des intéressés l'application de ce principe aux rapports internationaux c'est, en réalité, lui ôter toute sa force, c'est renoncer à maintenir le juste empire du droit sur ce point.

[2] C'est l'idée la plus répandue en doctrine et en jurisprudence. Brocher (*Droit international privé*, t. II, pp. 1 et 33) va jusqu'à étendre aux incapacités en matière de donation les règles traditionnelles propres aux successions. Il base sa théorie sur la relation étroite qui unirait ces deux institutions juridiques et affirme qu'il y aurait anarchie si on les séparait. Cette raison nous touche peu. Entre un acte normal de disposition tel que la succession et un mode exceptionnel et suspect comme la donation il ne saurait exister, à notre avis, qu'une parenté des plus éloignées, n'autorisant en aucune façon le raisonnement par analogie. Dans le même sens, v. Rolin, *Principes*, t. II, pp. 351 et suiv. Contrà de Bar, *Theorie und Praxis*, t. II, pp. 110 et suiv., qui, suivant sa coutume, a très bien démêlé le but social du droit des donations et la règle de compétence internationale qui y correspond, et Missir, *loc. cit.*, pp. 107 et suiv. La jurisprudence française est favorable à l'assimilation.

tions présumées. Le testament sera, dans cette opinion, le pont qui reliera ces deux institutions bien différentes, pont bien fragile et liaison bien insuffisante, puisque dans la théorie juridique les différences qui séparent ces deux actes sont plus nombreuses encore et plus profondes que leurs ressemblances. Une analogie éloignée, incertaine, discutable, ne saurait servir de base à une construction juridique de cette importance, surtout lorsqu'il suffit d'interroger le sens de cette grande règle de l'irrévocabilité pour voir que son but a été de protéger le donateur contre sa propre faiblesse, contre les séductions dont il sera fréquemment l'objet [1].

Nulle part l'idée de protection n'est plus apparente, nulle part la compétence de la loi personnelle du donateur plus certaine et plus solide. Il est logique que l'idée qui domine le principe domine aussi les conséquences. Dans le ressort du statut personnel du donateur nous ferons donc rentrer toutes les règles qui ne sont que l'application et le développement du principe, la prohibition des donations de biens à venir et les exceptions à cette prohibition admises par faveur pour le mariage, la proscription des conditions potestatives dans la donation, la limitation des dettes qui peuvent être imposées au donataire, enfin même la nécessité de l'état estimatif en matière de donations mobilières, car il est impossible d'y voir autre chose qu'une précaution prise pour empêcher que l'on ne tourne, dans une certaine hypothèse, la règle de l'irrévocabilité. C'est presque tout le droit des donations que revendique ainsi la loi personnelle du donateur, car aux exemples cités il faut en-

[1] Pour les partisans de la compétence de la loi nationale du *de cujus* en matière de succession, les donations même jointes aux successions sont régies par le statut personnel du donateur (v. Despagnet, *Précis*, pp. 707 et suiv.). Ce n'est qu'une rencontre fortuite. Aussi longtemps que dans les lois et dans les traités la distinction statutaire des deux successions prévaudra, il sera d'une utilité évidente de combattre cette prétendue analogie, car rien ne s'oppose à ce que, même sous l'empire de cette tradition, on reconnaisse au droit des donations son véritable caractère.

core joindre les causes de révocation des donations (inaccomplissement des conditions, ingratitude, survenance d'enfants), non pas qu'elles constituent, comme l'ont dit maladroitement les rédacteurs du code civil, des exceptions à la règle de l'irrévocabilité, mais parce qu'elles ont été conçues, elles aussi, dans l'intérêt du donateur.

On ne voit guère comme échappant à notre règle générale que les règles posées pour la sûreté des transactions, par exemple la transcription des donations portant sur des immeubles susceptibles d'hypothèques.

·Le testament étant par essence un acte révocable, il n'était pas besoin d'accumuler, dans l'intérêt du testateur, les précautions. L'idée de protection n'est pas absente, cependant, de ce domaine. Elle a son expression dans les règles sur la capacité, sur la forme des actes de dernière volonté (où nous la verrons affaiblie par l'application de la maxime *locus regit actum),* enfin, dans certaines prohibitions, celle du testament conjonctif par exemple. Ici ce sont les statuts personnels respectifs des deux testateurs qui viennent en conflit. Si l'on suppose que l'un des deux admet cette forme de testament et que l'autre la repousse, le conflit existe. Il sera cependant assez facile à lever. Comme dans le testament conjonctif, chacune des deux institutions est la condition de l'autre, il suffira que l'une des deux ne soit pas valable pour que l'autre doive tomber également.

170) Ce serait ici le lieu de parler de la quotité disponible et de la réserve que nous considérons comme rentrant dans le même domaine du statut personnel, mais ces institutions se rattachent par des liens plus intimes au droit des successions et il vaut mieux en ajourner l'examen. Ce n'est pas que l'on ne rencontre en notre matière certaines règles d'ordre public, et je considérerais sans peine comme telle la prohibition des conditions immorales ou illicites dans les donations et les testaments,

ainsi que la sanction toute particulière attachée par la loi à cette prohibition. Le caractère illicite ou immoral de la condition mise à la libéralité s'appréciera par rapport au pays où elle est faite : il est inadmissible, en effet, qu'un acte juridique soit reconnu valable dans un pays dont il méconnaît les lois d'ordre public. Il pourra, en outre, être apprécié par rapport à la législation d'un pays étranger, s'il arrive que l'exécution soit demandée dans ce pays. On développera le sens de cette réserve en étudiant la matière de l'effet international des droits acquis. Le statut personnel de l'auteur de la libéralité est ici sans importance ; l'État national de ce dernier, s'il n'est pas en même temps l'État sur le territoire duquel la condition sera accomplie, est fort désintéressé dans la question et il est juste que sa loi cède à la loi du lieu d'exécution.

171) En serait-il de même d'une libéralité entre vifs ou testamentaire contenant une substitution fidéicommissaire? Dans les pays comme la France où cette sorte de dispositions est interdite, la disposition qui les atteint doit-elle être considérée comme ayant le caractère territorial des lois d'ordre public ? L'opinion est chez nous à peu près unanime dans le sens de l'affirmative et il arrive souvent que l'on cite l'art. 896 du code civil comme le prototype des règles d'ordre public en la matière[1]. La question, cependant, nous paraît très discutable et nous serions porté à la résoudre, au contraire, par la négative. Au moins faut-il s'expliquer. En tant que l'inaliénabilité d'un bien frappé de substitution n'a rien qui la révèle au tiers, la prohibition sera jugée, avec raison, comme territoriale, non pas parce qu'elle est contraire à la loi, mais comme source de pièges pour les tiers de bonne foi. Mais si le droit en vigueur est tel qu'il dénonce aux tiers l'existence de l'inaliénabilité, on ne voit pas pourquoi une subs-

[1] Surville et Arthuys, *Cours élémentaire*, 3e édition, p. 371.

titution approuvée par la loi personnelle des intéressés serait considérée chez nous comme nulle. On dit que la prohibition en question est d'ordre politique. Cela est vrai, mais il semble que c'est précisément une raison de ne pas appliquer une loi française à des étrangers qui n'ont rien à faire avec des principes politiques propres à la France. Il en serait autrement si la loi personnelle étrangère contrariait l'application aux Français de la loi politique française, mais il n'en est nullement ainsi. Le code civil a réalisé une certaine conception de la famille entraînant à titre de corollaire la prohibition des substitutions. Il n'a aucune raison d'étendre à une famille étrangère établie sur des bases différentes cette conception et on observera, en outre, que le respect de la coutume étrangère n'empêche nullement la loi française de produire son plein et entier effet.

La conséquence pratique de ces considérations serait de valider les substitutions faites par des étrangers conformément à leur statut personnel par donation entre vifs, la transcription de la donation permettant d'informer les tiers de la condition particulière au bien substitué, de les interdire au contraire dans les testaments dont l'effet, à l'égard des tiers, n'est subordonné à aucune condition de publicité.

172) Dans cette matière des donations un acte particulier absorbait l'attention presque entière de nos anciens jurisconsultes : c'était la donation entre époux qui, permise par certaines coutumes, interdite par d'autres, donnait lieu à de nombreux conflits. Déjà Bartole et Balde n'étaient pas d'accord sur le caractère favorable ou odieux de ce statut. Leurs successeurs n'eurent pas moins de peine à lui trouver sa place dans leur célèbre classification. La grande attention donnée, dans leurs ouvrages, à la controverse que suscitait cette sorte de libéralité en est la preuve. Le statut relatif aux donations entre époux concerne-t-il plus directement la personne ou les biens?

D'Argentré en faisait un statut mixte, affirmant ainsi et son embarras et sa tendance réaliste. Coquille, y voyant de préférence une coutume tenant à l'honneur du mariage, se résolvait en faveur de la personnalité. C'est l'opinion que soutenait, au XVIIIe siècle, Bouhier contre Froland, Boullenois et la totalité de l'école hollandaise[1]. L'ancien droit n'a pas su clore cette célèbre controverse; ne nous étonnons pas de la voir encore agitée de nos jours. L'idée d'appliquer ici le statut des successions n'était, du reste, nullement de nature à procurer une solution satisfaisante de la difficulté[2].

Il n'existe cependant aucune question aussi claire ni aussi facile à résoudre. Le sens de la prohibition des donations entre époux, ou plus généralement du régime particulier qui leur est fait, n'a rien d'obscur ni de difficile à démêler. Pourquoi une personne n'a-t-elle pas, en faveur de son conjoint, le même pouvoir de disposition à titre gratuit qu'elle possède à l'égard d'un tiers quelconque? C'est parce que la captation, l'abus d'influence, la séduction sont infiniment plus à craindre entre époux menant une vie commune, unis par mille liens d'affection et d'intérêt, qu'entre toutes autres personnes. La gravité du danger a fixé la mesure de la garantie à lui opposer ; c'est à raison de cette protection nécessaire, que deux conjoints qui peuvent avoir d'excellentes raisons de se gratifier et qui ont à le faire des facilités particulières au moment où ils contractent leur union, ne peuvent plus se donner ou ne le peuvent plus qu'avec de notables restrictions pendant le cours de leur vie commune. Tout cela est très logique, si l'on considère qu'il y a une pro-

[1] Cf. Missir, *loc. cit.*, pp. 207 et suiv.

[2] Cf. Paris, 27 mai 1892, S., 1896-2-73 et notre note; dans la même affaire (Zammaretti), Cass., 8 mai 1894, Cl. 94, p. 562; Paris, 5 mars 1901, Cl. 1901, p. 775. Ces arrêts appliquent, pour des motifs un peu différents, à la donation entre époux la distinction faite en matière de succession. Dans le même sens, Trib. de Guelma, 1er avril 1897, Cl. 98, p. 935.

tection donnée à chaque époux contre l'autre, inintelligible si l'on prétend rattacher ce droit particulier à une prétendue idée de conservation des biens dans les familles. Mais, si la loi obéit ici à une idée de protection, il ne faut pas hésiter à reconnaître la compétence du statut personnel en la matière.

Il est permis de remarquer qu'ici la considération du but de la loi fournit le seul moyen satisfaisant de trancher une controverse séculaire [1].

173) Dans cette étude de la donation entre vifs et du testament nous nous sommes attaché jusqu'ici seulement à la question de validité des actes accomplis. Tel est, en effet, le domaine du statut personnel. Si l'on suppose maintenant une libéralité régulièrement faite, et que l'on se préoccupe de son effet, le point de vue change et le régime international à appliquer n'est plus le même. La donation, le testament sont des actes volontaires. S'il n'appartient pas à leur auteur de transgresser les principes posés par le législateur soit dans l'intérêt de l'ordre public, soit dans l'intérêt du donataire, il lui appartient par contre de mesurer les effets de la libéralité dont il a eu l'initiative. Les droits des donataires et légataires dépendront donc en premier lieu et surtout de la volonté du disposant. Ce n'est qu'en tant que les droits qui les touchent concernent aussi les

[1] Alger (2 mai 1898, Cl. 99, p. 385) fait dépendre de l'autonomie des contractants l'admission ou la prohibition de la donation entre époux. C'est une opinion moins admissible encore que celle des réalistes qui se décident d'après la situation des biens donnés. Ces derniers, au moins, ne sacrifient pas le caractère obligataire de la loi en question. Notre Cour de cassation s'est rangée à ce parti dans son arrêt du 4 mars 1857 (S., 57-1-247). En ce sens aussi, Trib. Seine, 3 mars 1891 (Cl. 91, p. 58, affaire Zammaretti). Dans cette affaire, la Cour d'appel (Paris, 27 mai 1892, précité) déclara que la prohibition des donations entre époux prononcée par l'art. 1054, code civil italien, touchait à l'état et à la capacité des personnes (appréciation certainement erronée), et cependant par une singulière contradiction elle refusa de lui laisser produire ses effets sur les immeubles situés en France. La Cour de cassation a basé sa décision sur le droit des successions (Cass., 8 mai 1894, précité, cf. Cass., 14 juin 1899, S., 1900-1-235).

tiers, qu'ils pourront se voir obligés de se soumettre à des lois impératives. Il en serait ainsi du droit de poursuite des créanciers contre les légataires universels ou à titre universel, de la saisine des légataires, peut-être aussi de l'hypothèque que notre législation accorde à certains d'entre eux.

174) Passons au droit de succession. La détermination de la loi compétente en matière de succession a été, à notre époque, l'objet d'une des controverses les plus vives du droit international privé. Cette controverse n'est point un legs de notre ancien droit. Autrefois la succession appartenait indubitablement au statut réel[1]. Les immeubles étaient soumis à la loi de leur situation, les meubles à la loi du domicile, et les dettes suivaient le sort des biens et se répartissaient d'après leur nature immobilière ou mobilière. Cette diversité extérieure n'était elle-même que le reflet d'un droit intérieur qui reconnaissait également à l'occasion d'un seul patrimoine l'existence de plusieurs successions. La révolution unifia le droit intérieur des

[1] Cela est vrai au moins de l'école française, dans laquelle on ne trouve qu'un dissentiment notable, celui de Cujas, partisan de la loi du domicile. Mais on sait que l'école italienne discutait fort la nature du droit de succession. Contre Balde, qui en faisait un statut réel, s'élevaient Albéric de Rosciate et Salicet, qui le tenaient pour personnel. Enfin, personne n'ignore le célèbre criterium de Bartole : suivant que la personne était nommée en premier lieu ou les choses, ce grand jurisconsulte se décidait pour la personnalité ou la réalité. En admettant même qu'il y eût là autre chose qu'un procédé purement empirique de détermination, ce système aurait toujours le grave inconvénient de faire varier le caractère international des lois sur les successions d'après la volonté de chaque législateur. Nous avons déjà montré l'imperfection de ce mode de solution dont on ne saurait attendre l'établissement d'une communauté de droit quelconque. La même raison nous fait rejeter le système proposé par de Bar (*Theorie und Praxis*, t. II, pp. 295 et suiv.), d'après lequel la personnalité ou la réalité de la succession dépendraient du point de savoir si le législateur qui l'a organisée la considère comme un mode d'acquérir universel (avec charge des dettes) ou comme un mode d'acquisition à titre particulier. Il ne nous paraît pas que dans ces deux systèmes le but de la loi successorale soit différent et, par suite, nous ne pouvons pas y voir un bon principe de distinction.

successions. Elle ne toucha pas au droit international et notre pratique continua à suivre la distinction des deux successions, non sans la modifier un peu par faveur pour l'idée de nationalité. Beaucoup de bons esprits pensent, en effet, que l'art. 3, § 2, implique le maintien de la tradition sur ce point et à une époque peu éloignée de la rédaction du code civil ce point de doctrine était incontesté[1]. Une opposition très vive à ces idées ne tardait pas cependant à se manifester. Sans attendre le grand effort de l'école italienne, Waechter se décidait en faveur de la personnalité de la succession qu'il jugeait plus conforme au sens et à l'esprit de la loi civile. Un peu après, Savigny se prononçait pour l'autorité exclusive de la loi du domicile, justifiant sa décision par les liens qui unissent le droit de la succession au droit de la famille, et par cette idée que, l'ordre héréditaire légal étant établi par interprétation de la volonté du défunt, il est tout à fait illogique de créer simultanément deux successions et deux ordres séparés d'héritiers[2].

[1] Ce point est maintenant discuté et certains auteurs enseignent que, notre législation étant muette à cet égard, l'interprète demeure libre d'adopter la solution qui lui paraît la plus conforme aux principes. Je leur concéderais volontiers que l'art. 3, § 2, code civil, n'est pas si formel qu'il comporte à titre de conséquence forcée la réalité des successions immobilières. Mais à côté de l'art. 3 se trouvent d'autres éléments de décision, une tradition unanime (chose rare), et des déclarations formelles faites au cours des travaux préparatoires de la loi du 14 juillet 1819 (v. Mansord, *Droit d'aubaine*, p. 11). Il semble bien que l'intention des rédacteurs du code n'a pas été douteuse. Il est intéressant aussi d'observer que dans les conventions diplomatiques ayant trait à ce sujet, la distinction ancienne a été scrupuleusement maintenue. Pour la jurisprudence, v. Vincent et Pénaud, *Dict.*, v° Successions, n°s 6 et suiv. On peut citer dans le sens de la personnalité de la succession, sans distinction des meubles et des immeubles, un jugement du Trib. du Havre du 22 août 1872, S., 72-2-313.

[2] Waechter, *Archiv*, II, pp. 188 et suiv.; Savigny, *Système*, t. VIII, pp. 290 et suiv. Il résulte des recherches de Waechter que la doctrine de l'universalité de la succession et de la compétence de la loi domiciliaire du *de cujus* comptait, dès le XVIII° siècle, de nombreux partisans en Allemagne. L'influence de Savigny a été grande en faveur de la personnalité de la succession. Ses raisons, cependant, n'étaient pas concluantes. L'une con-

Du jour où la théorie traditionnelle a été sérieusement combattue on peut dire qu'elle a été virtuellement condamnée par les inconséquences qu'elle entraînait. Depuis le droit nouveau, la doctrine ancienne était incapable de s'appliquer jusqu'au bout. Tant qu'il ne s'agissait que de déterminer les divers ordres d'héritiers et les parts attribuées à chacun d'eux, on pouvait encore, au mépris de la vraisemblance, admettre la concurrence de plusieurs successions. Sitôt que l'on passait aux dettes, cette possibilité cessait. C'est que les dettes immobilières, si nombreuses autrefois, sont devenues de vraies curiosités d'école et l'on se trouverait avec la doctrine ancienne dans la nécessité d'imposer le fardeau entier des dettes au seul héritier des meubles. Ce serait entièrement inacceptable. Il a fallu par suite, au point de vue du passif, substituer à une répartition d'après la nature des dettes une répartition d'après la valeur des biens recueillis par chaque héritier, répartition inconnue au droit ancien et que ne supporte aucun texte du droit nouveau.

L'école de Mancini est venue fournir un appoint considérable aux adversaires de la doctrine ancienne, et par l'influence qu'elle a exercée sur les codifications les plus récentes, a grandement aidé à sa défaite[1]. Nous parlons

siste à argumenter de la volonté présumée du défunt : elle a l'inconvénient de supposer purement facultatif, dans les relations internationales, un régime légal qui, en l'absence de testament, est obligatoire dans le droit intérieur. L'autre, spéciale sur les rapports existant entre l'organisation des successions et le droit de la famille. Ces rapports sont indéniables, mais suffisent-ils à justifier la communauté du droit entre ces deux institutions sociales ? On peut en douter. En outre, ils n'existent que dans la succession légitime et non dans la succession testamentaire. On peut observer enfin que dans notre ancien droit les intérêts de la famille avaient fait créer un système d'indisponibilité appartenant au statut réel.

[1] Les codes italien (art. 8) et espagnol (art. 10, § 2) se prononcent pour la compétence de la loi nationale. Il en est de même du nouveau code allemand (art. 24-26, de la Loi d'introd.), mais le principe de l'application de la loi nationale y reçoit exception par l'effet du renvoi (art. 29) et aussi relativement aux obligations des héritiers envers les créanciers du défunt

de cette défaite comme d'une chose acquise, quoique notre jurisprudence n'ait pas varié. C'est que les propositions adoptées à la conférence de La Haye nous paraissent devoir entraîner, à brève échéance, le triomphe du principe de l'unité et de la personnalité de la succession. Ainsi se trouvera réalisée en pratique la réforme que la doctrine ne cessait de réclamer depuis longtemps[1].

175) Notre rôle est ici d'examiner cette question au point de vue doctrinal. Les lois sur la succession appartiennent-elles au statut personnel ou au statut réel? Sont-ce des lois de garantie sociale ou de protection individuelle? Ce qui peut légitimer le doute sur ce point, c'est que le point de vue social apparaît très net dans les lois de cet ordre. On dit souvent qu'elles ont un caractère politique et ce n'est point une erreur. Il importe à la cité de posséder de bonnes lois de succession, et la constitution politique de chaque pays exercera son influence sur les lois de cet ordre. Mais doivent-elles pour cela être territoriales? Cela n'a rien de nécessaire. Ce qui le prouve

(art. 24) et en cas de rétorsion (art. 25). L'Institut de droit international a accepté la compétence de la loi nationale du défunt dans sa session d'Oxford de 1880. *(Annuaire*, 1881-1882, pp. 41 et suiv.).

[1] On sait que la territorialité des lois successorales était un axiome incontesté de la théorie statutaire. On en avait fait un brocard : *Quot sunt bona diversis territoriis obnoxia, tot patrimonia intelliguntur.* Il suffit de rappeler ce principe familier à tous. J'y ajouterai seulement un détail peu connu que je trouve dans Mansord *(Droit d'aubaine des étrangers en Savoie*, pp. 156 et suiv.). D'une déclaration de Louis XV du 7 décembre 1715 il résulte que les étrangers sont libres d'acquérir des rentes sur l'Hôtel de Ville de Paris et d'en disposer par actes entre vifs ou pour cause de mort (édit de décembre 1674) et que la dévolution desdites rentes sera régie *par les lois du pays des dits étrangers*, qu'ils en aient disposé ou non. Si cette déclaration n'était pas empreinte d'un esprit de faveur manifeste, elle constituerait un document de la plus haute importance, car elle montrerait la territorialité des lois successorales liée à l'application du droit d'aubaine, et permettrait de dire qu'elle aurait dû disparaître avec ce dernier.

La jurisprudence française suivie par la majorité des interprètes demeure fidèle à la distinction des deux successions, mobilière et immobi-

c'est que les lois sur la constitution de la famille, qui présentent un intérêt politique plus grand encore, appartiennent au domaine du statut personnel. L'intérêt politique n'est pas, en effet, ici un criterium infaillible. Il est fort possible que des lois qui, dans leur application aux citoyens, présentent un intérêt politique de premier ordre n'en présentent, au contraire, aucun dans leur application aux étrangers. C'est le cas des lois sur la famille, c'est aussi celui des lois sur les successions. Qu'importe à la France, par exemple, que la loi du partage égal, qui est chez nous une loi politique, s'applique à des Allemands ou à des Anglais possédant des biens sur notre territoire? L'application qui leur sera faite de leur propre statut de succession n'intéresse et ne menace en aucune façon la nation française.

Si l'on considère la fonction sociale des lois de succession, on ne peut refuser de voir en elles des lois de protection individuelle. Observons d'abord, à cet égard, que le droit reconnu à l'individu de régler la destination de ses biens pour le temps où il ne sera plus est le pouvoir le plus étendu qui puisse lui être attribué, pour son activité le stimulant le plus actif, pour sa propriété la garantie la plus énergique. Ce droit l'individu l'exerce par un acte de dernière volonté, ou bien il laisse la loi l'exercer à sa place. Seule cette dernière hypothèse nous concerne ici. Précisément parce que la succession légale cède à la succession testamentaire, on dit que le législateur, en l'organisant, s'inspire des intentions probables du défunt. En ce faisant il révèle suffisamment son but. C'est bien venir en aide à la personne, la protéger contre les coups inat-

lière, celle-ci régie par la loi de la situation, celle-là par la loi du domicile autorisé du défunt, et à défaut de domicile autorisé, par sa loi nationale (Paris, 2 avril 1896, Cl. 97, p. 165). Il est à peine besoin d'observer que sur ce dernier point notre jurisprudence ne traduit l'ancien droit que pour le trahir. Tout d'abord, la pratique, plus soucieuse de la tradition, soumettait la succession mobilière à la loi du domicile réel du défunt (Paris, 25 mai 1852, S., 52-2-289).

tendus du sort, que de régler sa succession ainsi qu'elle l'aurait fait elle-même si elle avait testé. Si la succession était une loi de garantie sociale, le testament n'existerait pas et le législateur, en organisant la succession, s'inspirerait de motifs tout autres que les intentions du défunt.

Mais cette analyse n'est pas tout à fait exacte. Si l'ordre légal des successions n'était pas autre chose que l'interprétation de la volonté du défunt, il devrait perdre son autorité dans les cas où il apparaît, en fait, comme contraire à cette volonté. Or il n'en est pas ainsi : à défaut d'un testament régulier, la succession légitime s'ouvre nécessairement. Cette circonstance montre bien quel est le but social des lois de cette sorte. Le législateur se substitue au *de cujus* et réglemente la dévolution de son patrimoine en suivant l'ordre naturel de ses affections et de ses devoirs. Il le protège contre lui-même en ce sens qu'il refuse de tenir compte de toute volonté qui n'aurait pas été exprimée dans les formes légales et que, par une présomption légale absolue, il décide ce qu'il a dû vouloir.

176) Ceci est bien encore de la protection individuelle. Ce point de vue apparaît encore plus net dans la théorie de la réserve[1]. La loi, considérant que toute personne a le devoir de transmettre une part au moins de sa succession à ses plus proches parents, méconnaît les actes de libéralité qui auraient pour effet d'entraver cette attribution. Ce n'est pas certainement en faveur du public que cette réserve a été établie, car il est fort indifférent au public que les biens d'un mourant passent à telle personne ou à telle

[1] De la doctrine adoptée par la jurisprudence française il résulte que des héritiers étrangers ont, sur les immeubles situés en France, la part que la loi française réserve à leur degré de parenté, alors même que leur loi nationale ne leur accorderait aucune réserve (Trib. Seine, 14 juin 1901, Cl. 1901, p. 868). Scientifiquement, cette solution ne peut pas être défendue.

autre. Elle a été établie en faveur de certains héritiers comme une garantie contre les libéralités inconsidérées du défunt. Encore faut-il remarquer qu'ici la protection est donnée beaucoup plus au défunt qu'à ses héritiers. Si l'on avait pris exclusivement en considération les intérêts de ces derniers, on les aurait garantis aussi bien contre les actes à titre onéreux que contre les actes à titre gratuit de leur auteur. En limitant, par rapport à ces derniers seulement, la liberté du disposant, le législateur s'est rattaché à cette idée qui formait déjà à Rome le fondement de la *querela inofficiosi,* à savoir que certaines libéralités entraînent après elles une présomption de démence.

177) Il nous paraît donc très raisonnable de faire rentrer ces matières dans la compétence de la loi nationale du disposant[1]. La compétence de cette loi ne sera pas exclusive, mais elle s'étendra fort loin, en ce qui concerne la dévolution de l'hérédité principalement. Il arrive fréquemment, en effet, qu'une disposition légale s'adressant à l'héritier est conçue en réalité dans l'intérêt du *de cujus*. On ne doit pas hésiter, en pareil cas, à donner compétence à la loi nationale du défunt. Il en est ainsi en matière d'indignité. Cette peine civile a été établie dans l'intérêt du *de cujus*. La loi de l'héritier n'a, en ce qui la concerne, aucun titre à être observée. Il en sera souvent de même en matière d'incapacités. L'incapacité des enfants naturels, par exemple, n'a certainement pas été établie dans leur intérêt, mais dans celui de la famille légitime, c'est donc cette dernière qui devra être considérée dans les conflits

[1] Cette solution devient l'évidence même si l'on remonte aux principes premiers de notre méthode. Une personne venant à mourir, quel État a intérêt à appliquer à la succession de cette personne ses propres lois ? On ne peut pas ne pas répondre que c'est l'État dont cette personne est la sujette, car on aperçoit très facilement l'intérêt de cet État, au lieu qu'il est impossible de discerner l'intérêt que pourrait avoir tout autre État à intervenir dans le règlement de cette question. La question du droit de succession au point de vue international a été parfaitement traitée par Waechter (*Archiv*, t. II, pp. 188 et suiv.).

et, comme la famille n'a pas un statut personnel distinct de celui de ses membres, c'est la loi du *de cujus* qui sera appliquée. La loi de l'héritier ne doit être déclarée compétente, que s'il s'agit de l'exercice du droit de recueillir; les limitations mises à la liberté du droit de l'héritier sont alors très généralement conçues dans son propre intérêt et ressortent naturellement de sa propre loi. Telle est la situation faite à l'héritier mineur, interdit ou absent.

178) La matière des rapports dépendra aussi de la loi qui régit la dévolution héréditaire. Cela non seulement parce que cette matière fait en réalité partie du droit consacré à la dévolution, mais aussi parce que l'idée d'avancement d'hoirie et celle de rapport qui lui servent de complément ont été introduites dans le droit pour faciliter au *de cujus* l'accomplissement de ses devoirs de famille. Les rapports appartiennent donc, eux aussi, au domaine du statut personnel du défunt.

179) Si grande que soit la part à faire au statut personnel dans les successions, son autorité n'est cependant pas exclusive et unique. On rencontre, en cette matière, un certain nombre de lois de crédit public écrites au profit des tiers et auxquelles leur caractère de lois de garantie sociale confère au point de vue international la qualité de lois territoriales. Ce sont en particulier toutes les lois déterminant les relations des héritiers avec les tiers ayant des droits sur les biens héréditaires. Cette considération influera beaucoup sur la portée internationale de lois sur le paiement des dettes, et nous apercevons ici un nouvel intérêt à la distinction de la poursuite et de la contribution. La question de contribution est une question de dévolution; elle rentre donc dans le domaine de la loi personnelle du défunt, la question de poursuite appartient, au contraire, aux questions de crédit public et rentre dans le domaine des lois du pays sur le territoire duquel sont situés les biens soumis à l'action des intéressés.

Le bénéfice d'inventaire, la séparation des patrimoines, les retraits, l'effet déclaratif du partage sont aussi des institutions ayant pour but d'altérer dans l'intérêt du crédit public les règles ordinaires en matière de dévolution. Nous rangerons donc les règles qui les concernent dans la classe des lois territoriales. On pourra y comprendre aussi les lois sur la saisine, car le droit de la possession touche de très près à l'ordre public. En outre, en matière de partage, un certain domaine doit être laissé à la volonté des parties, cela par application des principes sur l'autonomie de la volonté [1].

180) Nous devons, dans un ouvrage aussi général, nous borner à certaines grandes directions. Les applications faites jusqu'ici montrent bien quel immense domaine revient au statut personnel, lorsque l'on prend pour règle de déterminer la portée internationale d'une loi d'après le but social qu'elle poursuit. Encore tout n'a-t-il pas été dit. Nous avons laissé de côté ce grand chapitre des conventions qui, pour une portion importante, est soumis à l'autorité du statut personnel, et ce chapitre non moins grand

[1] La méthode suivie dans cet ouvrage met à néant certaines questions fort embarrassantes, surtout pour ceux qui suivent encore les errements de la doctrine des statuts. En voici quelques-unes qui doivent être au moins l'objet d'une mention : la règle *mobilia sequuntur personam* existe-t-elle encore ? a-t-elle été tacitement adoptée par les rédacteurs du code civil ? quel est son sens et quelle est sa portée ? Les créances font-elles partie du statut personnel, et si oui, est-ce à la personne du créancier ou à celle du débiteur qu'il faut les rattacher ? Nous n'avons pas à entrer dans la discussion de ces célèbres questions. Notons seulement qu'elles sont très bien traitées dans les ouvrages souvent cités par nous de M. Lainé et de M. de Bar. Pour nous, elles n'existent pas. La nature internationale d'un rapport de droit dépendant, à notre avis, non point de l'objet sur lequel il porte, mais du but social des lois dont on prétend mesurer la portée, les meubles corporels ou incorporels sont soumis exactement au même régime que les immeubles ou les droits de famille. Suivant que les lois dont il s'agira auront été écrites pour la protection de la personne ou pour le maintien de l'ordre public, elles seront personnelles ou territoriales. Seulement, la fixation de la loi compétente pourra prêter à certaines difficultés, non de principe, mais d'application. Ces difficultés seront examinées en leur lieu.

des lois sur la forme des actes où elle a également son influence.

Même dans le domaine des droits d'origine purement légale, on rencontre en nombre considérable des institutions juridiques organisées dans l'intérêt individuel de la personne. L'hypothèque légale de la femme en est un bon exemple. C'est une garantie donnée à la femme contre son mari et dès lors il importe peu, à notre point de vue, qu'elle porte sur des immeubles et que ces immeubles aient une situation, elle est soumise à l'empire du statut personnel. Il faut en dire autant de l'usufruit légal des parents, quoiqu'ici le but social de l'institution paraisse moins net. Attaché à la puissance paternelle, il ne saurait être animé d'un autre esprit. A tort ou à raison, le législateur y a vu une mesure à prendre dans l'intérêt de l'enfant.

L'obligation alimentaire appartient à la même classe. Elle fournira fréquemment l'occasion de conflits d'ordre secondaire, lorsque les lois personnelles du créancier et du débiteur des aliments ont un texte contraire. En cette matière l'égalité est la loi, et il n'existe aucune raison de préférer l'une de ces personnes à l'autre. Il sera donc juste de ne donner suite à l'action qu'autant que l'une et l'autre lois en auront admis le principe.

181) Quelque étendu que soit le domaine du statut personnel, il faut remarquer qu'il ne jouit, dans les relations internationales, d'aucune prééminence sur le statut réel. L'un n'est pas, dans notre système, la règle, l'autre étant l'exception. Tous deux voient, en effet, leur compétence déterminée par une même idée fondamentale, cette idée que le but social d'une loi doit fournir la mesure de sa portée internationale d'application [1]. Qu'il y ait en fait plus de lois à but personnel que de lois à but social, cela

[1] Nous ne nous poserons donc pas, comme le faisait Bouhier, la question de savoir si, dans le doute, un statut doit être présumé personnel ou réel. Il n'y a pas ici place à une présomption et le doute ne peut être levé, lorsqu'il se présente, que par une considération plus attentive de l'objet du statut.

est possible, mais cela n'est pour nous qu'un accident sans effet sur la doctrine. Chacun des deux statuts constitue la règle dans son domaine.

En législation il n'en est peut-être pas de même, et si l'on se pose la question de savoir lesquelles conviennent le mieux à un État des lois qui poursuivent l'avantage des individus et de celles qui visent directement l'utilité du corps social, on pourra penser que les lois civiles doivent, en règle générale, poursuivre l'avantage de l'individu, les lois sociales demeurant l'exception. A l'appui de cette thèse, on fera remarquer que la loi faite dans l'intérêt immédiat de tous impose à la personne qui en subit l'effet un sacrifice d'autant plus onéreux qu'il n'est compensé par aucun avantage qui lui soit propre. Si l'on pouvait user ici, dans un sens très éloigné de leur sens habituel des mots de créancier et de débiteur, on dirait de cette personne que, comme créancière de l'application de la loi, il ne lui revient pas une part plus grande qu'à tout autre membre de la communauté; comme débitrice de cette application, au contraire, elle en supporte intégralement le poids. Or toute la loi est une limitation à la liberté de l'homme qui en supporte l'effet. Il y a évidemment une distance énorme entre une diminution de liberté imposée dans l'intérêt de la personne qui la supporte et une diminution de liberté imposée dans l'intérêt d'autrui, dans l'intérêt de tous. Ces limitations, si elles se multiplient par trop, engendrent un véritable esclavage.

Il sera donc d'un bon législateur de donner la préférence aux lois d'intérêt individuel et de limiter les lois de garantie sociale aux cas où elles sont rigoureusement nécessaires. Mais, encore une fois, cela ne concerne que l'organisation intérieure et non pas l'organisation internationale. A ce dernier point de vue les deux principes d'extraterritorialité et de territorialité, de personnalité et de réalité sont rigoureusement égaux l'un à l'autre : ils forment deux règles parallèles et non pas une règle et une exception.

CHAPITRE XIII

Les lois d'ordre public.

182. Motif de la territorialité des lois d'ordre public. — 183. Difficultés touchant la détermination de leur nature. — 184. Insuffisance de la distinction faite en cette matière entre le droit public et le droit privé. — 185. Inexactitude de la distinction entre l'ordre public intérieur et l'ordre public international. — 186. Autres distinctions proposées ; leur rejet. — 187. Notre conception de l'ordre public. — 188. Sa justification. — 189. Son application. Exemples. — 190. Origine et caractères des lois d'ordre public. — 191. Énumération des lois d'ordre public ; les lois politiques. — 192. Critique de la jurisprudence ; distinction à opérer parmi les lois politiques. — 193. Les lois morales ; autre distinction à faire ; exemple du divorce. — 194. Lois concernant la sécurité des personnes et des biens ; droit pénal international. — 195. Lois touchant la propriété ; restriction apportée à leur compétence. — 196. Lois de crédit public. — 197. Lois sur l'exécution forcée ; la faillite. — 197 *bis*. Lois fiscales. — 198. Lois d'ordre ; véritables types de lois d'ordre public. — 199. Observations sur la nature des lois d'ordre public ; leur caractère exceptionnel. — 200. Leur caractère national. — 201. Leur mobilité.

182) Quand on prononce le nom des lois d'ordre public en droit international privé, on fait allusion au principe le plus évident de toute notre science et en même temps à celui dont la définition et l'analyse sont les plus difficiles.

Ce qu'il y a d'évident en cette matière, le voici. Personne ne doute que l'obligation dans laquelle se trouve un

État d'admettre sur son territoire l'application des lois étrangères n'ait une limite, et que cette limite ne se trouve au point où la loi étrangère aurait pour conséquence de compromettre l'action de quelque principe jugé par l'État indispensable à la sauvegarde de la société particulière qu'il représente. Devant une nécessité aussi impérieuse, il n'est ni sentiment de courtoisie, ni obligation internationale qui tiennent. Les relations internationales ne sont licites qu'autant qu'elles demeurent inoffensives; elles cesseraient de l'être, si elles tendaient à faire appliquer sur un territoire des lois jugées incompatibles avec la sécurité, le bon ordre, les institutions sociales de l'État. Dans ce domaine, les lois de l'État intéressé sont doublement obligatoires: elles le sont pour les nationaux, elles le sont également pour les étrangers, en la personne de qui se réalisent les conditions de fait qui provoquent l'application de la loi.

La territorialité des lois d'ordre public se présente donc à nous d'abord comme une mesure de défense, prise dans l'intérêt de la communauté nationale contre les exigences du commerce international[1]. L'idée est avouée par tous, la règle qu'elle engendre est de toutes les doctrines modernes, soit qu'on la considère comme une exception à une règle plus générale, ainsi que le font Savigny et Mancini, soit que l'on préfère lui accorder le caractère d'une règle normale formant partie intégrante d'une doctrine rationnelle, ce qui est notre opinion.

183) Il y a donc unanimité sur le point de départ[2], mais l'unanimité s'arrête là, et lorsqu'il s'agit de qualifier ces

[1] Telle est bien, en effet, la véritable signification du principe de la territorialité des lois d'ordre public. Elle est fort bien mise en relief par Zitelmann *(Internationales Privatrecht,* I, pp. 98 et suiv.).

[2] La grande importance prise par la notion d'ordre public en droit international privé est de date relativement récente : elle ne remonte guère au delà de Waechter et de Savigny. C'est au moment où le dogme de la territorialité des lois a commencé à se voir délaissé que l'attention

lois ou de dire ce qu'elles sont, on ne rencontre plus dans la doctrine que variété et confusion. Les auteurs hésitent même sur la dénomination qui leur convient. Les noms de lois coactives, lois prohibitives, lois rigoureusement obligatoires ont été essayés avant que l'on s'arrêtât d'un consentement général, par lassitude plutôt que par choix, aux termes de lois de droit public ou de préférence à ceux de lois d'ordre public. Ce sont ces derniers termes que nous conserverons après les avoir, pendant un temps, abandonnés.

Quelles sont les lois d'ordre public? S'il fallait en croire le code civil, ce seraient les seules lois de police et de sûreté, expression qui ne comprend guère que les lois administratives et les lois pénales et paraît à tous radicalement insuffisante. Si l'on consulte les auteurs, on constate chez eux une tendance à n'accepter dans cette catégorie que les seules lois représentant quelque principe politique moral ou social d'une haute importance. Les exemples régulièrement donnés confirment cet aperçu, ils ne portent presque jamais que sur de grandes lois que l'on ne saurait enfreindre sans violer en quelque chose le respect dû à l'humanité[1]. Si l'on se tourne du côté de la

s'est portée sur l'ordre public considéré comme base de la territorialité de certaines lois. Les anciens ne nous ont laissé aucune vue d'ensemble à ce sujet. Ce n'est pas à dire qu'ils ne se préoccupassent point des lois ayant un caractère prohibitif marqué. On se rappelle que Dumoulin faisait céder la personnalité de la communauté coutumière devant la prohibition absolue que renfermait la coutume de Normandie.

[1] La suppression de l'esclavage, l'interdiction de la bigamie sont les exemples les plus souvent donnés et les auteurs, par une négligence assez fréquente, se les empruntent fort régulièrement les uns aux autres, de sorte qu'à première vue on pourrait penser qu'il existe fort peu de lois d'ordre public. La tendance signalée au texte a cet inconvénient, que pour juger si une loi est d'ordre public on s'attache plutôt à son importance sociale, qu'au but poursuivi par le législateur. Cette faute de méthode est responsable pour une part des incertitudes de ce sujet. En disant dans notre étude antérieure (de l'*Ordre public*, pp. 18 et suiv.) que les lois d'ordre public sont celles qui concernent la conservation de la société, nous avons nous-même cédé quelque peu à cette tendance. Ce même penchant paraît prépondérant dans la monographie de M. de Bustamante (*El orden publico*, pp. 32 et suiv.).

jurisprudence, on manque de tout principe d'une fixité quelconque, et l'on se pénètre de cette idée que l'invocation de l'ordre public n'est souvent qu'un détour pris par le juge pour donner compétence à sa propre loi.

C'est précisément dans un sujet pareil, où la jurisprudence par l'élasticité vraiment excessive de ses décisions paraît confiner à l'arbitraire, qu'il importe davantage de poser une doctrine claire et certaine. La chose est malaisée : on le voit assez en constatant les divergences des auteurs, mieux encore si l'on s'interroge soi-même. On sent alors combien se modifient vite les idées que l'on peut se faire de cette épineuse matière.

184) La notion la plus commune et la plus ferme que l'on se soit faite jusqu'ici des lois d'ordre public est qu'il existe dans tout État certaines lois qui, parce qu'elles touchent de plus près à l'intérêt public, jouissent d'une autorité absolue et doivent être appliquées dans chaque pays aux étrangers comme aux nationaux. Cette notion a peut-être pris sous la plume de Laurent son caractère le plus net, dans l'opposition qu'il établit entre le droit public et le droit privé[1]. Mais elle a décelé par là son insuffisance. S'il était possible de dire de certaines lois qu'elles ne concernent que l'État, d'autres qu'elles regardent exclusivement les particuliers, la question se trouverait du

[1] Laurent, *Droit civil international*, t. II, pp. 341 et suiv. L'opposition établie par Laurent entre les droits qui appartiennent à la société et les droits privés est fort attirante et s'il était possible d'affirmer avec lui qu'une fois les droits de la société sauvegardés la souveraineté est désintéressée, on serait tenté d'adopter sa distinction. Mais, en fait, il n'en est pas ainsi. Tous les droits, tant publics que privés, intéressent la société ; ils ne sont des droits et n'en revêtent le caractère obligatoire, que parce qu'ils intéressent la société. Même il est parfois difficile de dire de certains droits publics ou de certains droits privés lesquels sont plus précieux pour l'ordre social. Posons une question : des lois qui concernent l'organisation des pouvoirs publics (droit public) ou de celles qui concernent la constitution de la famille (droit privé) quelles sont celles qui intéressent davantage la société ?

coup résolue. Mais il n'en est pas ainsi, loin de là. Les lois concernent à la fois et l'État et les particuliers. Parmi elles, les seules qui puissent être considérées comme concernant l'État et non les particuliers sont les lois d'organisation des pouvoirs publics. Or il se trouve que ces lois réglementent des droits qui n'appartiennent pas aux étrangers et ne soulèvent dès lors aucun conflit. Telles sont les lois politiques et encore la législation militaire. Seules, parmi les lois civiles, les lois sur la nationalité ont un caractère nettement politique : encore concernent-elles directement les particuliers. Dans l'ordre du droit privé nous rencontrons les lois sur la protection des incapables. Il n'est pas de lois qui intéressent plus certainement l'État, et cependant ces lois appartiennent traditionnellement au domaine du statut personnel.

On ne peut obtenir aucune lumière d'une distinction pareille[1]. En réalité toutes les lois privées intéressent l'État, l'intérêt de l'État est leur raison d'être et une loi qui ne correspond pas à un besoin social serait fatalement un acte de tyrannie. La liberté des particuliers ne doit, en effet, céder que là où l'intérêt de la société est engagé. Prétendre opposer le droit public au droit privé, les lois qui intéressent l'État à celles qui ne concernent que les individus est une œuvre vaine dans notre domaine au moins, œuvre condamnée à demeurer sans résultat sérieux.

[1] Le criterium proposé par M. de Bustamante ne nous paraît ni sensiblement différent de celui de Laurent ni meilleur que ce dernier. Il consiste à distinguer les lois qui concernent l'État de celles qui concernent les nationaux ou membres de l'État. Les premières seraient territoriales, les secondes auraient le caractère opposé. Mais quelles lois ont l'État pour objet? Suffit-il de dire avec le distingué professeur (*El orden publico*, pp. 88 et suiv.) qu'on les reconnaît à ce qu'elles intéressent l'existence de l'État et l'exercice de ses facultés? Cela ne serait jamais que partiellement vrai. La protection des intérêts particuliers est au nombre des fonctions les plus certaines et les plus importantes de l'État. Et cependant cette fonction se traduit au dehors par des lois, dont nul ne conteste le caractère extraterritorial.

185) Un grand mal a été en cette matière la conséquence du caractère trop vague des mots d'ordre public. Parce que l'art. 6 du code civil défend de déroger par conventions particulières aux lois qui concernent l'ordre public, les auteurs ont consenti à appliquer la qualification de lois d'ordre public à toutes les lois obligatoires[1] et, comme toutes ces lois ne sont certainement pas obligatoires pour les étrangers, ils ont été conduits à distinguer deux ordres publics, l'ordre public intérieur et l'ordre public international : l'un comprenant toutes les lois impératives ou prohibitives, l'autre plus étroit de beaucoup et s'appliquant exclusivement à celles dont l'effet est territorial. On verra un peu plus loin que cette distinction est inexacte et étend la notion d'ordre public bien au delà de ce que permet le sens naturel des mots. Mais nous pouvons constater dès à présent que la distinction, par ce fait seul qu'elle existe, prive l'expression d'ordre public de toute signification précise au point de vue d'une classification méthodique. Elle désigne à la fois deux catégories de lois fort différentes l'une de l'autre, fort inégales en étendue et qui, en réalité, n'ont rien autre de commun que leur caractère obligatoire. S'appliquant à l'une et à l'autre, elle ne caractérise

[1] Il faut encore tenir compte de ce fait, qu'en droit intérieur français le mot lois d'ordre public a d'autres sens que celui de l'art. 6 indiqué au texte. D'après l'interprétation donnée par la jurisprudence à l'art. 46, § 2, de la loi du 20 avril 1810, le ministère public peut agir d'office au civil, toutes les fois que l'ordre public est intéressé (v. Glasson, *Précis de procédure*, t. I, pp. 68 et suiv.). En outre, l'art. 83 code pr. civ. cite les causes intéressant l'ordre public au premier rang de celles qui sont communicables au ministère public. Ces trois ordres publics ne font point du tout allusion aux mêmes intérêts ni aux mêmes lois, l'ordre public de l'art. 6 code civ. est singulièrement plus large, que celui de l'art. 83 pr. civ. et ce dernier est lui-même moins étroit que l'ordre public de la loi du 20 avril 1810. On a grand'peine à se reconnaître dans ce fouillis. Le grand défaut de ce mot d'ordre public est son extrême commodité : employé trop souvent, il a perdu toute précision. Il possède, en retour, une grande force. On ne sait par quelle expression meilleure le remplacer. Aussi est-il préférable de se conformer à l'usage, sauf à le définir rigoureusement par rapport à chacune des fonctions que lui attribue la langue du droit.

plus spécialement ni l'une ni l'autre et échappe à toute définition rigoureuse par la variété des objets qu'on la contraint à embrasser. C'est une terminologie imparfaite, responsable pour une large part des difficultés de cette matière.

186) Une autre distinction présentée récemment par M. Bartin[1] tend à séparer les lois concernant l'ordre public des lois pénales et de celles qui concernent les immeubles. Cette distinction s'appuie sur ce que la territorialité des lois d'ordre public serait une exception aux principes, tandis que la territorialité des deux autres catégories de lois en serait l'application[2]. Cette doctrine nouvelle tend à

[1] *Études de droit international privé*, pp. 189 et suiv. D'après notre savant collègue, les dispositions d'ordre public apporteraient à la communauté du droit réalisée par l'application du principe de notre science un certain nombre de dérogations semblables à celles dont on admet l'existence dans les rapports entre États civilisés et peuples placés hors de la communauté juridique internationale. Cette analogie ne saurait être que fort éloignée. D'après M. Bartin lui-même, dont la théorie aboutit à réduire de beaucoup les dispositions d'ordre public, ces dérogations, ces points de rupture de la communauté juridique sont singuliers et rares. Entre civilisés et non civilisés, au contraire, les relations amènent un certain contact des intérêts respectifs des uns et des autres, mais elles n'entraînent sur aucun point la pénétration réciproque de leurs législations. Un juge ne donnera jamais effet à une coutume de sauvages placés hors de l'autorité de la France et il est probable que, de leur côté, ces sauvages ne tiendront pas grand compte, à l'occasion, des lois françaises.

[2] Pourquoi la territorialité des lois d'ordre public est-elle, dans le système de M. Bartin, une exception à l'application de la loi compétente, nous ne le comprenons pas très bien. Il nous semble aussi légitime de dire que le soin de la défense de l'État exige l'application de certaines de ses lois aux étrangers, que d'affirmer la personnalité d'autres lois, en observant que, si elles n'étaient pas personnelles, elles manqueraient leur effet. Quant à la jurisprudence citée à l'appui de cette doctrine, nous remarquerons que les arrêts dont elle se compose sont, pour la plupart, très critiqués (notamment ceux qui concernent les titres au porteur volés et négociés à l'étranger, ou la légitimation faite par un Anglais en France, ou encore la capacité de l'étranger en France). On ne peut guère tirer une doctrine solide de quelques décisions isolées et en majorité fort combattues, alors surtout qu'il existe quantité d'autres décisions entendant autrement la territorialité des lois d'ordre public. Puis ces

faire des lois d'ordre public une part seulement dans l'ensemble des lois territoriales, part qui se caractériserait par la substitution de la *lex fori* à la loi normalement compétente. Les points de jurisprudence cités à l'appui de cette doctrine ne nous paraissent pas assez fermes pour lui fournir un fondement suffisant : nous considérons en outre comme une pure superfétation l'analyse par laquelle le savant auteur voit dans la territorialité des lois d'ordre public la substitution d'une loi exceptionnelle à la loi normalement compétente. Pourquoi ne pas dire qu'en ces matières la loi directement et exclusivement compétente est la loi territoriale ? Pourquoi maintenir théoriquement la compétence d'une loi différente fatalement destinée par les nécessités de l'ordre public à perdre tout effet ? On ne voit guère à quoi peut servir cette nouvelle complication.

Une autre distinction a encore été proposée : il y aurait dans chaque pays un ordre public particulier à ce pays, et il y aurait en outre un ordre public général comprenant les grandes règles de droit public et de morale qui se retrouvent identiques chez tous les peuples civilisés. Je crois ce nouveau système aussi peu fondé que les autres, mais je remets à un autre lieu son examen.

187) Que devons-nous entendre par lois d'ordre public ? Faisons retour aux notions générales que nous avons déjà sommairement présentées. Les lois d'ordre public sont celles qui concernent surtout la communauté, qui profitent également à tous, qui sont écrites dans l'intérêt de tous et non pas seulement dans l'intérêt de chacun. Que l'on observe la différence existant entre ces deux formules en apparence synonymes. Toutes les lois sont faites dans l'intérêt de chacun, et il suffit qu'un sujet quelconque du pays

arrêts ne doivent être analysés qu'en tenant compte des règles sur la détermination de la loi publique compétente. Ainsi les décisions italiennes citées p. 202 en matière de jeux de bourse nous paraissent très correctes et ne contrarient en rien les idées ordinairement reçues en matière d'ordre public.

se trouve dans les conditions de fait prévues par le texte d'une certaine loi, pour qu'il puisse invoquer ses dispositions et pour qu'il doive suivre ses prescriptions. C'est ce que l'on appelle le principe de l'égalité devant la loi. Mais toutes les lois ne sont pas faites dans l'intérêt de tous. Celles-là seules méritent d'être qualifiées ainsi, dont l'application profite à la communauté tout entière et non pas à certains individus dans cette communauté. Le particulier n'est ici que l'occasion de l'application de la loi, le véritable objet de cette application étant le bien de la communauté.

188) Cette distinction n'est pas arbitraire et l'on peut n'y voir que l'écho des principes premiers de la science politique. Le rôle de l'État dans nos sociétés modernes est double, comme nous l'avons observé précédemment. Il concentre en lui et représente nécessairement les intérêts de la communauté, en outre il est le tuteur des intérêts particuliers. Les lois correspondant à la première de ces deux tâches sont les lois d'ordre public du droit international, celles qui se rapportent à la seconde n'appartiennent pas, au contraire, à cette catégorie.

Elle n'est pas illusoire non plus, en dépit de quelques difficultés d'application, dont aucune théorie n'est jamais exempte. Il est en général assez facile de savoir si une loi privée donnée est ou n'est pas loi d'ordre public. Il ne faut pas pour cela consulter exclusivement son importance sociale (c'est là un préjugé que nous avons déjà combattu), il faut tout simplement se demander à qui profite son application. Cette application profite-t-elle, dans chaque cas, à certaines personnes déterminées, à l'exclusion de toutes autres, la loi est d'ordre privé ; si l'on peut, au contraire, la considérer comme profitant à tout le monde ou à des personnes quelconques, la loi est d'ordre public.

189) On considère volontiers comme d'ordre public, en France, la loi qui prohibe la reconnaissance des enfants

adultérins ou incestueux [1]. J'hésite beaucoup, quant à moi, à me rallier à cette opinion. Cette prohibition a été portée dans l'intérêt de la famille légitime exclusivement; ce n'est pas une mesure dont la communauté bénéficie directement et, lorsqu'il s'agit de personnes étrangères dont la législation est différente, je ne vois pas pourquoi la jurisprudence étendrait la protection de la loi française à une famille, que son propre législateur n'a pas jugé bon de munir de cette défense [2]. On peut aussi, nous le savons, poser la même question sous une autre forme et se demander à quelles personnes nuira la non-application de la loi, si les pouvoirs publics négligent de veiller à son observation. C'est le même criterium, mais envisagé sous un autre aspect qui rend parfois plus saisissable le caractère de la loi. Il arrive, en effet, dans bien des cas, que l'on ne voit pas très clairement à qui une loi profite et que l'on aperçoit facilement qui souffrirait de sa non-application.

190) Les lois d'ordre public sont nées de certaines grandes nécessités de la vie des États. A toute communauté certaines conditions d'existence sont d'abord nécessaires, la paix, la sécurité, la probité dans les rapports des citoyens : les lois d'ordre public ont pour objet de satisfaire à ces exigences élémentaires, et, parce qu'elles tendent toutes au même but, elles revêtent toutes certains caractères qui peu-

[1] Vincent et Pénaud, *Dict.*, v° Filiation, n° 31; Despagnet, *Précis*, p. 557. On cite quelquefois en ce sens un arrêt de Pau, 17 janv. 1872, S., 72-2-233. Il y a méprise évidente. Cet arrêt est relatif à la reconnaissance d'une filiation qui n'avait rien d'incestueux ni d'adultérin, reconnaissance faite en Espagne, et dont le juge français a admis la validité.

[2] Savigny donne comme exemple de loi prohibitive absolue (*Système*, t. VIII, trad. Guenoux, pp. 38 et suiv.) celle qui interdirait aux Juifs l'acquisition de propriétés immobilières. Il n'hésite pas à les appliquer aux Juifs étrangers. Je fais les mêmes réserves sur cette hypothèse. De ce qu'un législateur a cru nécessaire d'interdire les acquisitions immobilières aux Juifs indigènes, il ne résulte pas nécessairement, à mon avis, que cette interdiction doive être étendue aux étrangers. Tout dépend du but social que le législateur a voulu atteindre.

vent servir au besoin à les distinguer. Les lois d'ordre public constituent des préceptes généraux et uniformes s'adressant également à toutes les personnes de toutes les conditions. On les dit pour cette raison absolues, et il faut qu'elles le soient. Puisqu'elles n'envisagent dans l'individu sujet à leur empire que le membre de la communauté et que cette qualité appartient également à tous les particuliers membres de l'État, il est logique qu'elles leur imposent à tous les mêmes obligations sans acception de personnes ni de conditions. Ce caractère justifie aussi leur nom de lois d'ordre public. Il est de l'essence de tout ordre, de contenir un principe applicable à toutes les personnes entre lesquelles cet ordre doit régner. Qu'il s'agisse d'un ordre purement matériel, comme celui qui résulte de l'arrangement des soldats sur un champ de bataille, ou qu'il s'agisse d'un ordre légal, comme celui que l'on doit obtenir dans le sein d'une société policée, l'idée première est la même : pour obtenir un ordre dans l'un ou dans l'autre domaine, il faut une règle commune à tous ceux qui doivent être mis en ordre.

Et l'on peut observer aussi que dans cette idée d'ordre est contenue en germe la justification de la territorialité des lois d'ordre public, car on ne s'expliquerait pas plus qu'un étranger pût venir par sa conduite troubler l'ordre établi par le législateur, qu'on ne s'expliquerait qu'un militaire, à la parade, prétendît compromettre par l'incohérence de ses mouvements personnels les mouvements combinés des troupes dont il fait partie. Les auteurs anciens désignaient volontiers nos lois sous le nom de lois prohibitives et, bien que cette appellation manque de précision, elle n'est pas, elle non plus, sans raison. Les lois d'ordre public sont des lois préventives et elles se présentent le plus souvent sous la forme de prohibitions [1]. Elles sont aussi généralement

[1] Ceci n'est pas absolu. On trouve aussi, quoique très rarement, des lois d'ordre public à forme positive, lois qui confèrent aux personnes certaines aptitudes ou certains droits pour des raisons de justice élémentaire ou de haute convenance. Ainsi nos tribunaux reconnaîtront les

préventives, parce qu'il n'appartient pas à un particulier de réparer le tort qu'il a pu faire à la communauté : ces torts sont souvent irréparables et le rôle du pouvoir législatif est ici d'empêcher, par les divers moyens à sa disposition, l'acte redouté d'être accompli. A cela servent les peines qui détourneront du crime par la crainte de ses conséquences, les nullités absolues auxquelles certains actes sont, par avance, condamnés, les refus d'action dans certains cas, bref tous les procédés par lesquels on peut dissuader d'un acte que l'on redoute pour la communauté.

Cependant ce caractère prohibitif, apanage habituel des lois d'ordre public, ne leur est pas essentiel. On trouve des lois prohibitives qui n'intéressent pas l'ordre public et, inversement, quoique plus rarement, des lois d'ordre public qui ne sont pas en la forme prohibitive.

Il est presque oiseux d'indiquer que les lois d'ordre public ne sont pas des lois facultatives. On ne concevrait pas qu'il en fût autrement. Cependant il est peut-être permis de signaler une exception à cette règle dans les lois sur la circulation monétaire qui sont des lois de crédit public et qui, pourtant, ne répugnent pas à toute dérogation issue de la volonté des particuliers [1].

droits d'un vivant à un mort civil, refuseront d'admettre qu'un nègre ne puisse avoir les mêmes droits qu'un blanc, repousseront toute incapacité jugée par eux attentatoire à la dignité de la personne humaine, etc. (cf. notre *Ordre public*, pp. 72 et suiv.). La conscience approuve ces décisions, mais lorsque la raison, plus curieuse, cherche à les expliquer, elle a assez de peine à en découvrir le motif. En réalité, ces solutions exceptionnelles ressortent de cette idée générale, qu'un État ne se croit jamais obligé à des concessions contraires à un certain état de justice élémentaire sur lequel repose son organisation politique et juridique. Cet état, c'est son ordre moral et l'on comprend qu'il en requière strictement l'observation. C'est pour la même raison qu'un État, bien que les lois étrangères de procédure ne le concernent pas, ne donnera pas l'exequatur à un jugement étranger rendu sans que l'intimé ait été mis à même de se défendre, pour la même raison encore que l'on n'extrade point les criminels en matière politique. Ils n'ont pas assez de chances d'obtenir justice du tribunal où on prétend les traduire.

[1] Cette exception n'est pas elle-même tout à fait isolée. Les lois sur la compétence appartiennent à la classe des lois d'ordre public et cepen-

191) Nous avons émis jusqu'ici des spéculations tout à fait générales touchant les lois d'ordre public. Il est temps maintenant d'entrer un peu plus dans le détail et d'énumérer les principales lois d'ordre public. Essayons de définir les catégories où elles figurent.

On a coutume de citer d'abord les lois politiques et, à un certain point de vue, cette préférence est juste. Ce sont, en effet, les lois présumées les plus nécessaires au maintien de l'existence de l'État. Les lois politiques s'imposent aux étrangers, cela va de soi, mais ce principe n'est pas d'une application bien fréquente. Les étrangers ne jouissant pas des droits politiques, la compétence des lois organisant ces droits, les limitant, les réglementant, ne les atteint pas. Ils sont soumis, au contraire, aux lois qui punissent les crimes et les délits politiques, toutes les fois où leur qualité ne les empêche pas de commettre les actes réputés tels par la loi.

Les lois concernant les droits publics de l'individu, c'est-à-dire le faisceau des libertés connues sous ce nom, sont également territoriales et pour la même raison ; elles concernent directement les limites des pouvoirs de l'État. Cette territorialité intéresse les étrangers, car les droits publics leur sont reconnus aussi bien qu'aux nationaux.

Il est prudent de se garder de donner à cette règle, que les lois politiques sont d'ordre public, une généralité que rien ne justifierait. La jurisprudence n'a pas toujours su éviter cet écueil. Ainsi beaucoup d'auteurs pensent que la territorialité des lois relatives à la succession immobilière s'explique par le caractère politique desdites lois. Nous croyons qu'ils exagèrent l'importance de la propriété immobilière. Il fut un temps où elle possédait, sans aucun doute, un caractère politique très accusé, mais ce temps a

dant elles admettent l'influence de la volonté des intéressés. Il en est de même, quoiqu'à un moindre degré, des lois sur la nationalité. On voit par là que nos lois d'ordre public ne correspondent pas du tout à celles que l'art. 6 code civ. revêt de la même dénomination. La formule proposée par Despagnet (Cl. 1889, p. 213) nous paraît donc trop absolue.

disparu avec les derniers vestiges de la féodalité et dans notre droit actuel la propriété immobilière n'appartient plus qu'au pur droit privé.

Il faut dans cette voie pousser plus loin encore. Notre doctrine française tend à proscrire, comme contraires à l'ordre public, les dispositions telles que les substitutions fidéicommissaires[1], le droit d'aînesse ou celui de masculinité, alors même qu'elles se présenteraient dans une succession intéressant exclusivement des étrangers[2]. Il semble, d'après elle, qu'il y ait quelque chose d'attentatoire au bon ordre et au droit de la souveraineté française sur son territoire, à ce que des institutions que le pays a rejetées pour lui-même puissent encore être appliquées à des étrangers.

192) Cette solution me laisse les doutes les plus graves. Que ces lois soient d'un caractère politique très net, c'est incontestable. Est-ce une raison pour les déclarer applicables aux étrangers en France, cela me paraît beaucoup moins certain. Il est politiquement essentiel que les Français n'usent d'aucune de ces institutions juridiques. Est-il également nécessaire à l'ordre public français, que les étrangers s'en abstiennent également sur le territoire français? Je ne le sais pas. Alors même que des Anglais pourraient substituer leurs biens-fonds situés en France ou les transmettre suivant les règles propres à la loi anglaise, cela n'assurerait aux bénéficiaires de ces lois aucune suprématie politique en France et, inversement, si des Français

[1] Voy. p. 352.

[2] D'un arrêt de Paris du 7 août 1883 (Cl. 84, p. 92) on peut inférer que pour notre jurisprudence la question ne se présente pas sous la même face. La validité ou l'invalidité de ces institutions dépendrait de la nature mobilière ou immobilière de la succession. Le point de vue ordre public est donc mis entièrement de côté, et nos magistrats raisonnent ces questions comme l'eussent fait Bouhier et Boullenois. Aux exemples cités au texte on peut joindre un jugement du Tribunal de la Seine (18 juillet 1885, Cl. 86, p. 208) refusant d'ordonner la liquidation d'une société étrangère parce qu'elle comprenait les biens à venir des associés. N'est-ce pas encore une application exagérée de l'exception d'ordre public?

succédaient par parts égales à des immeubles situés en Angleterre, il est impossible d'apercevoir le tort que cela causerait aux institutions politiques de la Grande-Bretagne. Pourquoi dès lors ne pas laisser leur cours aux principes ordinaires du droit?

Cette solution qui s'impose à mon esprit présente, au point de vue théorique, une importance considérable. Elle ne tend à rien moins qu'à prouver la nécessité d'une distinction entre les lois politiques à notre point de vue. Les unes n'ont ce caractère que par rapport aux citoyens, d'autres le possèdent d'une façon absolue et il y aurait un danger politique à ne pas en exiger l'observation de la part des étrangers. Ces dernières seules sont territoriales[1]. La restriction énoncée ici contient une nouvelle source de difficultés, on ne peut se le dissimuler. Elle doit être faite pourtant, car il serait d'une méthode vicieuse de fermer les yeux à la vérité, sous le prétexte qu'elle conduira à de nouvelles complications.

193) Il faut placer sur la même ligne les grandes règles de morale jugées par le législateur assez importantes au salut de l'État, pour qu'il s'en fasse lui-même le champion et le soutien. Ce sont encore des règles d'ordre sur lesquelles il ne peut y avoir ni distinction ni transaction. Les étrangers doivent s'y soumettre. Le droit ecclésiastique, s'il n'appartient pas positivement à cette catégorie, peut y rentrer par assimilation.

Ce principe est incontestable, mais il ne doit pas être

[1] Ce n'est pas qu'il y ait lieu de ressusciter ici la distinction critiquée ailleurs d'un ordre public relatif et d'un ordre public absolu. Toute doctrine est fautive qui prétend donner un double sens à une idée aussi nette et aussi précise que l'idée d'ordre. Mais la remarque énoncée au texte est pour nous une raison de plus de ne pas mettre au premier rang, dans l'étude des lois d'ordre public, la considération de l'importance politique de la loi et de nous attacher plus rigoureusement au point de savoir si elle correspond à une idée d'ordre. Nous avons cité l'exemple des substitutions. En Angleterre, la question des mariages entre beau-frère et belle-sœur provoque une difficulté du même genre. V. à ce sujet l'intéressant article de notre collègue, M. Mérignhac (Cl. 1902, pp. 5 et suiv.).

exagéré, car souvent il arrive qu'une règle légale soit fondée sur des considérations morales qui n'ont pas, dans la pensée même des auteurs de la loi, une valeur absolue. Ce serait exagérer alors que de considérer ces lois comme territoriales. Tel est le cas pour les empêchements à mariage. Certains d'entre eux peuvent être levés par des dispenses : ils n'ont donc pas une valeur absolue et ne doivent pas s'imposer impérativement aux étrangers. D'autres sont absolus. Ces derniers nous paraissent devoir posséder un effet territorial. On doit faire, touchant les lois morales, une observation analogue à celle que nous faisions plus haut à l'endroit des lois politiques : il est possible que l'on rencontre d'un pays à l'autre des divergences assez grandes touchant les principes de morale consacrés par la loi civile. Il est loin de notre pensée de dire que la loi morale soit purement une question de lieux et de circonstances (rien n'est plus faux que ce point de vue), mais on conçoit que des lois morales au fond identiques aboutissent cependant à des lois d'une teneur différente. Dans ce cas chaque législateur imposera-t-il aux étrangers l'autorité de ses lois? Prenons des exemples.

Dans un précédent chapitre[1] nous avons touché au point de savoir si des époux à qui leur patrie reconnaît le droit au divorce pourraient invoquer ce droit dans un pays dont les lois civiles ne l'accordent pas aux nationaux eux-mêmes. A ce sujet nous avons fait connaître les doutes que nous laisse la pratique reçue en France sur ce point. Une question analogue se présente lorsque, le divorce étant bien certainement admis soit par la loi du pays auquel les époux appartiennent, soit par celle du lieu où ils intentent leur action, il s'agit de savoir pour quelles causes ces époux peuvent divorcer. Une opinion approuvée en France par la doctrine et suivie par les tribunaux veut qu'une double condition soit remplie pour qu'une cause de divorce soit dite admissible. Il faut qu'elle figure à ce

[1] Voy. p. 225.

titre dans le statut personnel des époux, et aussi dans la législation du tribunal auquel ils ont porté leur plainte, cette dernière exigence étant présentée comme nécessitée par des considérations d'ordre public. N'est-ce pas bien rigoureux et, si la compétence du statut personnel est ici hors de doute[1], à quel titre veut-on la cumuler avec la compétence de la *lex fori ?* Pourquoi serait-elle obéie en pareille matière, la *lex fori?* En quoi le divorce d'étrangers l'intéresse-t-elle, et s'il convient à leur législateur national qu'ils puissent divorcer pour une certaine cause, sous quel prétexte les en empêcherait-on ? En quoi le but social de la *lex fori* sera-t-il manqué, si l'on suppose que des étrangers pourront divorcer pour un motif qu'elle ne reconnaît pas ? On est fort embarrassé de donner une réponse à ces questions, elles sont cependant essentielles, déterminantes, car si l'on prétend appliquer la *lex fori* simplement parce qu'en fait on peut l'appliquer, on encourra le reproche grave de soumettre la liberté d'étranger à des restrictions arbitraires et dénuées de tout fondement. Tout autre est pour nous le point de savoir si un enfant pourrait, afin de se faire allouer des aliments, intenter en France une action en recherche de paternité naturelle, conformément à la loi allemande par exemple (§ 1708, c. c. all.). Ici la prohibition de la loi française a eu pour objet d'éviter que des débats scandaleux n'aient lieu à la barre des tribunaux français. Il faut donc que des procès de ce genre ne puissent pas y être portés et, en présence

[1] Sur le continent, au moins, mais en Angleterre la règle observée est toute différente. Soit qu'il s'agisse d'accorder un divorce, soit qu'il faille donner effet à un divorce accordé à l'étranger, la légitimité des causes du divorce se juge en Angleterre d'après la *lex fori* (Westlake, *Private international law,* § 52, pp. 84 et suiv.) de telle sorte que la question des causes possibles de divorce se confond avec la question de compétence. C'est une conjonction dont la jurisprudence anglaise nous offre l'exemple en maintes matières. Westlake dit qu'il ne saurait y avoir doute qu'entre la *lex fori* et la loi du domicile matrimonial, et il rejette avec raison cette dernière comme dépendant du libre choix des époux : il ne disconvient pas cependant de l'opportunité qu'il y aurait à attribuer une certaine compétence en la matière à la loi du domicile des époux.

de cette raison de décence publique, on comprend que l'application de la loi française soit absolue devant les tribunaux français. Cette interdiction est bien une loi d'ordre public. Pour des motifs analogues, on refuserait à bon droit d'entendre des étrangers qui prétendraient poursuivre la nullité d'un mariage ou l'illégitimité d'un enfant en prouvant l'impuissance du mari.

194) Les lois qui concernent la sécurité des personnes et des biens appartiennent aussi bien certainement à la catégorie des lois d'ordre public. Les étrangers peuvent toujours les invoquer : ils doivent inversement se soumettre à leurs prescriptions et ils encourent, s'ils y manquent, la responsabilité qu'elles établissent. Ces lois sont généralement des lois pénales : cependant, si les actes dommageables ne constituent que des délits civils ou, à plus forte raison, des quasi-délits, la responsabilité qu'elles consacrent sera purement pécuniaire. La conséquence du caractère d'ordre public des lois pénales est double. Les délits commis au préjudice des étrangers sont punis de la même façon qu'ils le seraient si des nationaux en avaient été les victimes, et les étrangers délinquants recevront le même traitement que les sujets du pays. Nos anciens auteurs étaient, on s'en souvient, plus bienveillants pour les étrangers ; ils permettaient d'excuser ces derniers, au moins quand les délits par eux commis étaient frappés par des lois propres à la cité [1].

Nous n'admettons plus cette distinction, et il faut convenir que notre sévérité est juste. On peut bien exiger des étrangers assez de prudence, pour ne point s'exposer à se mettre en contravention avec les lois pénales du pays où ils se trouvent. A cette assimilation il y a pourtant une limite. Certaines lois pénales sont particulières aux étrangers, d'autres particulières aux nationaux. Les premières

[1] La distinction était déjà faite par Bartole et elle a été fort régulièrement suivie dans tout le cours de l'ancien droit.

contiendront les peines sanctionnant les obligations propres aux étrangers, l'interdiction de séjour, par exemple, les secondes certains délits que les étrangers ne peuvent pas commettre. Les peines qui atteignent le magistrat prévaricateur ne menacent pas des hommes qui ne peuvent pas être magistrats ; les délits militaires demeurent semblablement étrangers à ceux qui ne supportent pas le fardeau des obligations militaires. On peut aussi se demander si certains délits peuvent être, en vertu de leur nature même, commis par d'autres que par des citoyens. Nous poserons la question pour le crime de trahison.

La territorialité des lois pénales forme l'une des bases du droit pénal international. Elle est sa règle la plus certaine, la seule, on est tenté de le dire, qui soit vraiment internationale, tant il est vrai que cette science, grâce à l'exagération du principe voisin de la territorialité des peines, est demeurée informe et sans rapports avec les exigences du commerce international. On se console des imperfections du droit international privé, quand on les compare aux lacunes du droit pénal international. Il faut espérer que l'avenir sera moins indifférent que notre époque aux progrès de cette branche du droit.

Les mêmes principes sont applicables à la responsabilité des délits civils, et c'est la loi du lieu où le fait dommageable a été commis, qui détermine la réparation à laquelle il donne lieu et les personnes tenues de cette réparation. Nous retrouverons un peu plus loin cette matière.

195) Les lois concernant la propriété appartiennent aussi au domaine des lois d'ordre public. Cette règle, qui s'applique à tous les droits qualifiés du nom de propriété, est surtout importante en matière de propriété immobilière, car c'est là que l'intervention du législateur est plus fréquente. Nos anciens auteurs tenaient ces lois pour réelles quant à leur effet (c'est-à-dire territoriales), parce qu'elles sont réelles quant à leur objet. Cette raison de décider ne nous touche plus. Une loi peut

avoir un immeuble pour objet et n'être pas territoriale; il n'y a pas de liaison nécessaire entre ces deux termes. Les lois concernant la propriété immobilière sont territoriales, mais c'est à cause de leur caractère de lois d'ordre public[1]. Nous entendons parler ici des lois qui touchent à l'organisation de la propriété et des droits réels, des restrictions dont les droits du propriétaire sont affectés, des servitudes qu'il doit souffrir. Tout cet ensemble de règles vise directement l'intérêt public, il concourt à maintenir un certain ordre dans le régime de la propriété, il rentre donc pleinement dans les lois dont nous nous occupons en ce moment. Au point de vue du régime de la propriété, il importe peu que le propriétaire soit national ou étranger, voilà le droit.

Cette règle ne va pas plus loin, à notre sens, et nous approuvons entièrement sur ce point le sentiment de l'école italienne de Mancini. En particulier, lorsqu'il s'agit de savoir à quelle personne une propriété ou un droit réel appartient, la loi territoriale ne jouit plus d'une compétence exclusive. Nous pensons que la succession immobilière est du ressort de la loi personnelle du défunt, et lorsque l'on se demande si une femme étrangère a une hypothèque légale sur les biens de ses enfants situés en France, ou si un père étranger jouit de l'usufruit légal sur les fonds de ses enfants en terre française, nous disons que cela dépend du statut personnel de ces étrangers. Il s'agit de droits tendant à la protection de la personne et dépendant de rapports de famille, matières comprises dans le domaine du statut personnel.

[1] Au point de vue du droit positif français, cette idée nous paraît se concilier sans difficulté avec le texte de l'art. 3, § 2, code civil (cf. Weiss, *Traité élémentaire*, p. 280). En effet, dire que les immeubles situés en France, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française, ce n'est pas dire que toutes les lois sont territoriales lorsqu'elles ont un immeuble pour objet. En parlant d'immeubles il est plus probable que les rédacteurs du code civil ont fait allusion aux lois essentiellement immobilières, à celles qui *ne* peuvent avoir *que* des immeubles pour objet, donc aux lois qui concernent l'organisation de la propriété immobilière et déterminent les droits du propriétaire.

Nous n'admettrons même pas (contrairement à une opinion très répandue), qu'il soit nécessaire que ces institutions juridiques existent dans le pays où on veut les exercer. Ainsi une étrangère à ce qualifiée pourrait exercer son hypothèque légale sur les immeubles de son mari situés dans un pays où les femmes mariées ne jouissent pas elles-mêmes de cet avantage, si du reste l'hypothèque est un droit organisé dans ce pays. La seule question délicate qui peut surgir est une question de publicité. Si, au lieu de la situation des biens, les hypothèques sont soumises au régime de la publicité, la femme étrangère ne pourra invoquer son hypothèque qu'autant qu'elle l'aura rendue publique. C'est la seule restriction qu'il soit légitime de lui imposer.

L'application indistincte et systématique de la loi territoriale aux biens immobiliers fait courir ailleurs le risque de tomber dans l'absurde. Ira-t-on (comme le ferait incontestablement la jurisprudence anglaise[1]) imposer à des mineurs italiens, propriétaires d'immeubles en France, les lenteurs et les frais d'un partage judiciaire, alors que leur loi nationale pourvoit d'une autre façon à la protection de leurs intérêts? L'application de la loi territoriale est, en pareille matière, véritablement inintelligente; elle fera le plus souvent double emploi avec la loi nationale du mineur et lui étendra de force un système de protection que son législateur national, seul compétent dans ce domaine, n'a pas jugé bon d'adopter pour lui.

Ce que nous avons dit sur la propriété des choses corporelles s'applique tout aussi bien à ce que l'on appelle propriété intellectuelle, ainsi à la propriété littéraire ou artistique, à la propriété des brevets d'invention ou des marques de fabrique, etc. Bien qu'il y ait un abîme entre cette propriété prétendue et la propriété véritable, il demeure vrai que l'intervention du législateur dans l'orga-

[1] Dicey, *Digest*, règle 138, pp. 516 et suiv.; Westlake, *International law*, § 165, p. 191.

nisation de cette propriété a également pour objet d'établir un certain ordre dans l'intérêt public. Il y a donc identité de nature au point de vue international. Cette observation n'est pas sans importance dans l'interprétation des lois et des traités réglementant cette sorte de propriété.

196) L'opinion commune des jurisconsultes classe parmi les lois d'ordre public les lois dites de crédit public. On doit entendre par là celles qui tendent à faire régner la confiance dans un pays, en veillant à la sûreté et à la loyauté des transactions qui s'y passent. Les lois de crédit public sont assez nombreuses. En font partie celles qui ont trait à la circulation de la monnaie métallique ou fiduciaire, aux obligations imposées aux commerçants, les lois sur le prêt à intérêt, les lois sur la publicité des actes juridiques [1]. Nous ne citons que des exemples.

On a parfois douté du caractère des lois limitatives du taux de l'intérêt. Le doute cependant ne se conçoit guère en la matière. Un législateur n'a recours à la limitation du taux de l'intérêt que lorsqu'il juge qu'il y aurait un danger public à laisser entière, sur ce point, la liberté des parties. Cela seul suffit à trancher la question. En réalité, la difficulté n'est venue que du choix de la loi compétente et non pas d'une incertitude touchant le caractère de semblables lois.

Les lois sur la publicité des actes juridiques forment une part considérable des lois de crédit public. Ces lois écrites pour la sécurité de tiers quelconques sont même un bon exemple de règles édictées, non pas au profit de ceux qu'elles intéressent directement dans chaque cas et

[1] Également les règles posées sur la négociabilité des actions des sociétés de commerce ou d'industrie (Com. Seine, 28 mai 1896, Cl. 96, p. 874). Sur la faculté d'employer pour les paiements la monnaie du lieu où l'on paye. V. Milan, 1er mai 1894, Cl. 98, p. 416, arrêt dont la doctrine me paraît empreinte d'exagération. Par contre, la jurisprudence (Tr. Seine, 6 février 1897, Cl. 99, p. 771) ne range pas l'art. 1477 (C. c., sur le divertissement des effets de la communauté) parmi les lois d'ordre public.

pour qui elles constituent une charge de plus, mais dans l'intérêt de la communauté tout entière. Nous verrons bientôt qu'elles prêtent à une étude fort délicate, lorsqu'il s'agit de déterminer la loi compétente. Pour le moment bornons-nous à remarquer que toutes les lois de publicité sont des lois d'ordre public, des lois territoriales ; qu'elles concernent les immeubles, les créances, les navires, les personnes, cela importe peu.

Le crédit public revendique aussi les modes de transmission des droits qui produisent leurs effets par rapport aux tiers. La règle que le consentement suffit à transférer la propriété n'est pas une loi de crédit public, la règle « en fait de meubles possession vaut titre » possède au contraire ce caractère. C'est pour cette raison que toutes les traditions de meubles corporels effectuées de bonne foi en France en transmettent la propriété, quel que soit le statut des personnes entre lesquelles cette tradition a lieu. Cette application certaine d'un principe certain va permettre de résoudre une question fort douteuse à laquelle la matière des titres au porteur a donné lieu. On sait que, par exception à la règle précitée, la loi du 15 juin 1872 permet de revendiquer, pendant un certain temps, les titres perdus ou volés. Pendant ce délai donc, les transmissions qui peuvent avoir lieu ne sont pas opposables au propriétaire dépouillé. Mais de quels titres et de quelles transmissions s'agit-il ? Il règne sur ce point en doctrine une certaine confusion, en jurisprudence une véritable anarchie. La réponse à ces questions n'est pas douteuse cependant si l'on se reporte aux principes. D'abord l'origine du titre est indifférente, car une loi d'ordre public, comme l'est incontestablement celle-ci, s'applique sur le territoire soumis à son empire à tous les cas rentrant dans les conditions de fait qu'elle prévoit. Puis cette loi ne concerne que les transmissions opérées en territoire français. Précisément parce qu'elle est territoriale, son effet s'arrête aux limites du territoire. Si donc la tradition a eu lieu dans un pays où règne un principe différent, elle est efficace et investit

de la propriété du titre l'acquéreur de bonne foi[1]. Bornons-nous pour le moment à cette simple constatation, car cette question est la seule qui intéresse les conflits. Plus tard, en traitant de l'effet international des droits acquis, nous reviendrons à cette matière des titres au porteur perdus et volés. Nous pourrons alors dégager les conséquences pratiques des principes que nous venons d'énoncer[2].

197) Il n'est pas inutile de faire une catégorie séparée des lois sur l'exécution forcée, encore qu'elles touchent

[1] En ce sens, Wahl, *Traité des titres au porteur*, t. II, pp. 340 et suiv.; Garrassus, *Revendication des titres perdus ou volés*, pp. 207 et suiv. Cette solution a cette double conséquence d'appliquer les dispositions de la loi du 15 juin 1872 aux titres au porteur français ou étrangers que l'on tente de négocier en France après une perte ou un vol (ce qui est généralement admis) et, inversement, de ne pas les appliquer à des titres négociés à l'étranger, sur un territoire régi par une législation différente de la nôtre. Cette seconde conséquence n'a pas été acceptée par notre jurisprudence qui n'hésite pas à étendre la loi de 1872 aux valeurs françaises négociées à l'étranger (v., par exemple, Trib. Seine, 8 août 1885, Cl. 85, p. 681). La jurisprudence se fonde principalement sur la généralité des termes de l'art. 12 de la loi. On sait combien cette argumentation est peu probante, lorsqu'il s'agit de textes dont les auteurs n'ont à aucun moment envisagé la portée internationale. Mais il y a plus. La loi de 1872 étant muette sur la question, la raison voudrait que l'on recourût aux principes pour la résoudre. Or c'est un principe universellement accepté de nos jours, que la transmission de propriété d'un objet mobilier est régie par la loi du lieu où cette transmission s'accomplit. Objectera-t-on que le titre au porteur n'est ici que le signe d'une valeur ? Qu'importe si le signe s'incorpore si bien avec la valeur que celle-ci partage la fortune de celui-là, toutes les fois où la loi n'en a pas disposé autrement. On trouve quelques décisions de jurisprudence appliquant cette doctrine aux valeurs étrangères négociées à l'étranger (v., par exemple, Trib. Seine, 15 juillet 1885, Cl. 85, p. 450), mais elles sont beaucoup plus rares, et cette inégalité nous démontre que la jurisprudence a cédé à une préférence irraisonnée pour les valeurs françaises.

[2] Nous considérons également comme dispositions d'ordre public les mesures prises en vue d'assurer le paiement des arrérages et la reconstitution du titre au profit du propriétaire dépossédé. Ce sont, en effet, des lois de crédit public. Mais ici la loi compétente est celle de l'établissement débiteur (siège social ou succursale). Il est bien entendu, au reste, que ces mesures ne produiront effet au profit du propriétaire qu'autant qu'il aura conservé sa qualité.

de très près aux lois de crédit public. Ces lois règlent la manière dont s'opérera l'intervention de l'État, lorsque, agissant en sa qualité de garant des droits privés individuels, il interposera son autorité pour assurer aux droits leur effet. Il y a exécution forcée seulement quand le titulaire d'un droit fait appel à la puissance publique pour obtenir la satisfaction qui lui est due et, par conséquent, tout ce qui concerne l'étendue des obligations, leur division entre les différents débiteurs, les charges dont sont tenus les débiteurs accessoires, etc., ne fait pas partie de cette classe. Elle comprend, au contraire, ce qui touche aux saisies, à la vente des biens placés sous la main de la justice, à la distribution des deniers en provenant.

Ces lois règlent l'une des attributions de la puissance publique, elles forment une part considérable des lois de crédit public, il n'est pas douteux qu'elles soient d'ordre public et territoriales. La chose n'a jamais fait l'ombre d'un doute tant qu'il s'est agi d'apprécier les effets de la déconfiture ; pour la faillite elle suscite, comme on sait, de grandes difficultés. Par son universalité, la faillite a une tendance naturelle à l'unité. Elle ne remplit véritablement son but qu'autant qu'elle aboutit à mettre le patrimoine entier du failli sous la main des syndics et à faire payer au marc le franc la totalité de ses créanciers [1]. Cette unité va de soi au point de vue national. Est-elle également possible dans les relations internationales ? Nous ne le pensons pas. La faillite est tout entière une procédure organisée pour aboutir à la détermination du passif du failli et à la réalisation de son patrimoine au profit de ses créanciers. C'est une procédure d'exécution, elle est par

[1] C'est au moins ce que prétendent les partisans de l'unité de la faillite. En réalité les choses ne vont pas aussi simplement que cela, et, comme il est certain que l'on ne peut pas faire abstraction de la loi territoriale, l'unité, en la supposant réalisée, serait fort loin de tenir tout ce que l'on promet en son nom (v. sur ce point les excellentes observations de Thaller, *Les faillites en droit comparé*, t. II, pp. 337 et suiv.).

conséquent territoriale[1]. Et cela est tout aussi vrai des dispositions accessoirement prises par le législateur que de l'objet direct de cette institution. Donc les pouvoirs des syndics, le dessaisissement, le concordat, les incapacités sont eux-mêmes territoriaux. Que ce résultat comporte quelques difficultés, cela est certain ; il n'est pas moins commandé par les principes les plus clairs du droit international privé.

La faillite est donc essentiellement territoriale. Ne nous hâtons pas d'en conclure que dans chacun des pays où des faillites peuvent se trouver simultanément ouvertes on ne doive tenir aucun compte des actes qui peuvent se passer à l'étranger. Les actes régulièrement accomplis sous l'empire des lois territoriales sont internationalement justes. Loin de les ignorer il faut en tenir compte en tout lieu, et il est fort possible que les procédés d'une faillite viennent modifier les résultats d'une autre faillite ouverte en pays étranger. C'est ce que nous verrons mieux en traitant de l'effet international des droits acquis.

Ce remède est le seul que le droit fournisse à l'imperfection du droit, mais rien n'empêche qu'il s'établisse sur ce point des usages internationaux, établissant une certaine communauté entre les faillites ouvertes dans les di-

[1] Les partisans de l'unité de la faillite sont allés jusqu'à prétendre que le droit de la faillite concerne surtout le statut personnel du failli (Weiss, *Traité élémentaire*, p. 859). Opérer ainsi un rapprochement entre l'état de failli et celui d'absent ou de mineur implique une confusion grave entre des incapacités qui ont pour but de protéger la personne incapable et un dessaisissement qui vise surtout à l'empêcher de nuire à ses créanciers. La thèse de la personnalité de la faillite repoussée par l'Institut de droit international ne compte que fort peu de partisans. Notre savant collègue Thaller (*id.*, pp. 353 et suiv.) met parfaitement en lumière le caractère des jugements déclaratifs et démontre qu'en vertu de leur nature même ils ne sont pas susceptibles d'exécution à l'étranger. Sur un seul point je me séparerai de sa doctrine. Si les jugements de faillite ont des effets purement territoriaux, ce n'est pas parce qu'ils concernent les biens (la raison serait, à mon avis, insuffisante), mais parce qu'ils ouvrent une procédure d'exécution. Dès lors s'évanouit tout prétexte à distinction entre les meubles et les immeubles.

vers pays. Ce point est un de ceux sur lesquels le droit positif peut exercer une heureuse influence, en créant une communauté plus parfaite que celle qui résulte des principes.

197 *bis)* Nous rangerons dans la même catégorie, conformément à l'opinion commune, les lois fiscales. Nous avons expliqué plus haut en quoi consiste la territorialité des lois fiscales. Elle ne signifie pas du tout, comme on le croit généralement, que les étrangers payent nécessairement tous les impôts que payent les nationaux. Elle veut dire que, le principe une fois établi en vertu duquel les étrangers sont soumis à un impôt, toutes les règles concernant la fixation et le paiement de cet impôt s'appliquent à tous sans distinction de nationalité. Il y a là à la fois une mesure d'ordre et un principe d'égalité fort intelligibles.

198) Les catégories précédentes sont loin d'épuiser le domaine fort considérable des lois d'ordre public. Pour ne point subdiviser à l'excès, je rangerai dans une dernière classe des lois fort dissemblables ayant cependant une parenté étroite, car elles poursuivent un but commun. Je forgerai pour elles l'expression de lois d'ordre, parce que sans poser des principes nouveaux de droit matériel, elles se bornent à établir un certain ordre, une ordonnance jugée indispensable à la vie paisible des citoyens dans l'État et à l'accomplissement régulier des fonctions du souverain. Au premier rang figurent dans cette classe les règlements de police, assez insignifiants par eux-mêmes en général, mais qui concourent à maintenir un ordre permanent dans le sein de l'État; puis les lois de procédure, dont l'observation générale est nécessaire au fonctionnement de la justice. On se rappellera que Bartole désignait déjà les *litis ordinatoria* comme applicables aux forains. On peut citer encore les règlements administratifs relatifs aux services que gère l'État pour le compte des citoyens (voirie,

postes, télégraphes). Personne n'a jamais douté que ces lois ne fussent territoriales.

Il est permis de voir dans les lois de cette sorte l'exemple le plus pur des lois d'ordre public. Chacune de ces lois ne représente aucun grand principe de justice ou d'humanité : prise en particulier elle paraît d'une importance fort médiocre, et il faut les envisager dans leur ensemble pour apercevoir qu'elles constituent l'un des rouages nécessaires de la vie d'une nation. Mais ce qui ne saurait échapper à l'observation, c'est que ces lois tendent purement et simplement à un certain ordre dont la nécessité ne fait pas doute. Que représente, par exemple, une ordonnance de police ou une règle de procédure ? Rien d'immuable en soi, à coup sûr, ni d'indiscutable, mais si le contenu de pareils commandements peut varier presque à l'infini, on sent du moins qu'il faut que de tels commandements existent, qu'on ne saurait s'en passer dans aucune société organisée. Ce sont donc des lois qui ne sont faites que pour faire régner l'ordre dans l'intérêt public. Ce sont donc, au plus haut degré, des lois d'ordre public. Comme on voit bien par là que le caractère des lois d'ordre public est indépendant de leur portée politique ou morale et qu'il faut, pour les discerner, se référer seulement aux rapports qu'elles présentent avec un ordre établi ou à établir.

Que le besoin d'un ordre semblable résulte de la grande importance sociale des principes que le législateur s'est résolu à consacrer ou qu'il soit la conséquence d'un élément purement matériel, l'impossibilité pratique de faire fonctionner sur un même territoire deux séries de règles tendant à un même objet, cela importe peu au droit international. Dans tous les cas l'intérêt de l'État exige une loi générale, qui engendre un ordre applicable à tous. C'est là le véritable et seul fondement de la territorialité des lois de cette espèce.

199) Ayant essayé d'établir ainsi une classification des

lois d'ordre public, faisons retour aux caractères qui les distinguent. Nous avons indiqué jusqu'ici leurs caractères extérieurs. Il est temps maintenant d'entrer un peu plus avant dans la matière et de déterminer les ressorts intérieurs qui limitent et définissent l'action de ces lois. Trois observations doivent être faites à ce point de vue :

1° Les lois d'ordre public ont le caractère de lois d'exception ou au moins elles doivent l'avoir dans un État bien ordonné. Ce point a été examiné au précédent chapitre[1] et nous savons déjà ce que l'on doit entendre par ce caractère exceptionnel de lois d'ordre public.

200) 2° Il n'existe pas de lois d'ordre public international que l'on doive opposer à l'ordre public national. Lorsque nous qualifions de lois d'ordre public international les lois dont nous parlons (et il existe à cet égard un usage bien établi) nous faisons allusion à la propriété qu'elles possèdent d'obliger les étrangers aussi bien que les nationaux, mais si nous considérons leur nature nous sommes obligé de convenir que chaque État n'est chez lui le gardien que de son propre ordre public, que c'est donc bien l'ordre public national qui impose ses exigences aux étrangers.

Nous reviendrons incessamment sur ce point. Si évidente que soit cette idée, l'usage n'a pas moins prévalu en pratique de désigner sous le nom d'ordre public national les lois qui sont obligatoires dans chaque pays pour les nationaux seulement, et de réserver la qualification de lois d'ordre public international à celles qui étendent également leur autorité aux étrangers. Il n'y a là qu'une question de terminologie; encore cette terminologie est-elle vicieuse et, dans une certaine mesure, malfaisante. Son point de départ consiste à considérer comme touchant à l'ordre public toutes les lois dont le but social exige qu'elles

[1] V. ci-dessus, p. 366. Cf. Fedozzi, *Quelques considérations, etc.*, dans Clunet, 1897, pp. 71 et suiv.

soient pourvues d'un caractère obligatoire. C'est là le langage du code civil (art. 6), mais il est mauvais, car il aboutit à priver de toute précision le mot loi d'ordre public et à répandre cette opinion, que toutes les lois obligatoires sont territoriales, à quelques exceptions près. Il n'est pas exact de prétendre que toutes les lois impératives ou prohibitives sont des lois d'ordre public. Beaucoup de ces lois n'ont point du tout pour objet d'établir un ordre, c'est-à-dire un arrangement régulier systématique et général : bien au contraire, les lois que l'on appelle d'ordre public national (les lois sur les incapacités, par exemple) visent à faire infraction à l'ordre général établi dans l'État, en assurant à certaines personnes une situation privilégiée. Employer ici le mot d'ordre, c'est l'employer à contresens et cette méthode présente le grave inconvénient de priver cette idée d'ordre de toute influence utile, lorsqu'on entreprend la tâche laborieuse qui consiste à déterminer quelles sont les lois d'ordre public.

Il faut donc retenir cette idée qu'il n'existe qu'une seule catégorie de lois qui méritent le nom de lois d'ordre public. Ce sont celles dont le but social est de réaliser un ordre nécessaire, un arrangement fixe et invariable, arrangement auquel doivent se soumettre étrangers et nationaux. On les appelle lois d'ordre public international : cette dénomination a eu le tort de faire croire qu'il peut y avoir un ordre public international distinct de l'ordre public national. Insistons davantage sur ce point.

De ce que chaque État est exclusivement responsable du maintien de l'ordre public sur son territoire, il résulte qu'il est radicalement incompétent en ce qui concerne le maintien de l'ordre public sur le territoire d'un autre État. Il ne doit donc se mêler ni d'y faire prévaloir ses propres lois, ni de corriger ce qui a pu y être fait de contraire à sa propre notion de l'ordre public, si toutefois l'ordre public de son propre pays n'est pas intéressé dans l'affaire. C'est là une conséquence de l'indépendance qui appartient à chaque État dans l'accomplissement de ses fonctions de

souverain. Elle ne souffre d'exceptions que dans les cas où les nations civilisées s'unissent en une sorte de croisade destinée à faire prévaloir en tout lieu certains principes jugés par elles nécessaires au bien de l'humanité, comme la suppression de la traite ou la liberté des cultes. Encore ont-elles soin, en pareil cas, de se lier par des conventions expresses [1].

Il est permis dès lors de regarder comme vaine et comme dépourvue de sens juridique toute tentative de distinction entre un ordre public général commun à toutes les nations civilisées et un autre ordre public particulier à chaque État. Qu'il soit possible de classer les législations à ce point de vue, de marquer leurs analogies et leurs différences, cela ne fait pas doute, mais cette recherche est de pure curiosité scientifique : encore qu'elle aboutisse à établir le fait de la réception d'un certain nombre de règles d'ordre public chez toutes les nations civilisées, elle ne peut rien changer aux principes, elle ne saurait, en particulier, donner à un État le pouvoir de réprimer les atteintes portées aux dites règles par les actes des particuliers en pays étranger, si le législateur de ce pays ne considère pas ces mêmes actes comme incompatibles avec son propre ordre public. Lors même qu'il s'agirait de pratiques considérées par nous comme scandaleuses ou inhumaines, nous n'avons pas le droit d'intervenir, si nous n'y sommes autorisés par les

[1] Telle est la distinction proposée par Despagnet entre l'ordre public objectif et l'ordre public subjectif (Cl. 1889, pp. 216 et suiv.). Si notre savant collègue entend par là (comme cela nous paraît être) qu'un acte contraire à l'ordre public objectif ne saurait produire aucun effet utile sur le territoire d'aucun État civilisé, il émet une proposition évidemment insoutenable. La polygamie, qu'il prend pour exemple de lois de cette sorte, produira sans aucun doute cet effet que la légitimité des enfants issus de l'union polygamique sera reconnue. Pourquoi la contesterait-on même chez nous si, du reste, le multiple mariage du père était valable d'après les lois compétentes, et en quoi cette légitimité peut-elle troubler notre ordre public ? On trouve également la trace de cette distinction dans Lyon-Caen, note, sous Cass., 12 juin 1894, S., 95-1-161, et dans un jugement de Tunis, 27 décembre 1897, Cl. 98, p. 358.

termes d'une convention diplomatique antérieurement conclue [1].

Toute autre conception du rôle des nations les unes à l'égard des autres nous paraît contenir une erreur fondamentale. Le droit international ne peut intervenir ici que dans les deux sens que voici :

α) Il autorise certainement l'État à refuser toute autorité sur son territoire aux actes passés en pays étranger, conformément à l'ordre public local, si les conséquences que l'on prétend tirer de ces actes sont contraires à l'ordre public de cet État.

β) Il oblige chaque État à considérer comme de nul effet les actes contraires à l'ordre public du pays dans lequel ils ont été faits, alors même que rien, dans lesdits actes, ne heurterait l'ordre public du territoire sur lequel on les invoque. Ce point sera plus complètement examiné au début du prochain chapitre.

201) 3° Un dernier caractère des lois d'ordre public mérite d'être relevé dans cette étude. C'est sa mobilité ou, autrement dit, son actualité. Dans chaque État le souverain est tenu de maintenir l'ordre. Cette tâche peut devenir plus ou moins lourde suivant les circonstances : un législateur prudent aura soin de resserrer ou de relâcher les entraves mises à ce titre à la liberté des particuliers en proportion des besoins dont il aura vérifié l'existence. Il en est de

[1] C'est sous cette forme, en effet, que se révélera l'action combinée des Puissances civilisées lorsqu'elles auront résolu de purger le monde de quelque fléau. Ainsi les traités nombreux conclus contre la pratique de la traite des nègres. Le problème, plus moderne mais tout aussi grave, de la suppression de la traite des blanches est d'un caractère juridique différent. Il s'agit moins de police générale que de perfectionnement des diverses polices locales par l'adoption de mesures communes. Dans les régions qui échappent à toute souveraineté, comme la haute mer, chacun fait sa police sur les siens et tous s'arrogent le droit de poursuivre les pirates. La piraterie nous offre l'exemple d'un crime contre la communauté internationale, et sa répression le type probablement unique d'une loi d'ordre public vraiment universel.

même de toutes les lois, mais ici ce caractère a une portée particulière. Les lois d'ordre public dénotent la présence d'un besoin actuel, et il ne saurait y avoir contre elles de droits acquis. Ce principe est reconnu en droit intérieur, il est tout aussi juste en droit international et nous noterons ici un point de rencontre entre la théorie de la non-rétroactivité et la théorie du droit international privé. Cette analogie indiscutable, mais qui a été parfois exagérée, sera examinée de plus près lorsque nous traiterons des droits acquis.

CHAPITRE XIV

De la territorialité des lois d'ordre public.

202. De la détermination de la loi d'ordre public compétente. — 203. Aspect moderne du problème. — 204. Nécessité de le résoudre. — 205. Méthode à suivre; considération du but social de chaque loi. — 206. Lois pénales; lois de procédure. — 207. Lois relatives à la propriété immobilière, mobilière, littéraire ou industrielle. — 208. Créances. — 209. Lois de publicité concernant les immeubles, les créances, l'état des personnes. — 210. Vente des navires; hypothèque maritime. — 211. Lois prohibitives concernant les intérêts économiques. — 212. Les intérêts des prêts d'argent. — 213. Lois sur la responsabilité délictuelle et contractuelle. — 214. Lois morales. — 215. Avantages de notre conception du droit international privé. — 216. Autorité internationale du principe de la territorialité des lois d'ordre public. — 217. Conséquences de ce principe; effet réflexe de la territorialité des lois d'ordre public. — 218. Nullité des rapports de droit établis en violation des règles d'ordre public de la loi compétente. — 219. Leur validité dans le cas inverse. Restriction à cette dernière conséquence. — 220. Exemples; instances en exequatur; nationalité. — 221. Conflits entre lois d'ordre public d'États différents. Essai partiel de solution. — 222. Conclusion.

202) Les lois d'ordre public sont territoriales. Cet axiome paraît contenir la formule complète de l'effet international des lois d'ordre public : en réalité il exprime une vérité qui est loin de suffire à elle seule à la solution des problèmes que comporte cette difficile matière. Le

sens de ce principe est celui-ci. Une loi étant reconnue d'ordre public doit s'appliquer, à l'exclusion de toute autre, sur le territoire soumis à l'empire du législateur qui l'a édictée. L'empire de cette loi est absolu, il n'y a pas pour elle d'étrangers et de nationaux, elle n'a sur son territoire que des sujets. Mais ce principe, s'il définit l'effet des lois d'ordre public, ne dit rien de leur compétence, et ne fournit nullement la règle à l'aide de laquelle on saura si un rapport de droit donné tombe ou ne tombe pas sous l'empire d'une loi d'ordre public d'un État déterminé. C'est quelque chose de savoir qu'une loi est d'ordre public et par conséquent territoriale, mais encore cela ne suffit-il pas à nous apprendre quels rapports de droit sont soumis à son empire.

Les lois pénales sont des lois d'ordre public, personne n'en doute, pourtant à lui seul ce principe ne suffit pas à nous montrer quels crimes et quels délits rendent leur auteur passible des peines portées par les lois françaises. Il en est ainsi de toutes les catégories de lois d'ordre public. L'énoncé de leur territorialité ne détermine pas les limites de leur compétence. Or cette question, un peu délaissée (quoique bien à tort), est sans doute la plus difficile de toute la matière [1].

[1] Depuis que ces pages ont été écrites, M. Aubry a très nettement dégagé cette difficulté dans son étude sur la notion de territorialité en droit international privé (Cl. 1900, pp. 689 et suiv.). Notre savant collègue a bien montré qu'en admettant que la nature d'un rapport de droit commande l'application de la loi territoriale, cette loi ne se trouve pas déterminée par ce seul fait. De quelle loi territoriale s'agit-il ? Le présent chapitre a précisément pour objet de répondre à cette question. Plus loin, le même auteur (Cl. 1901, pp. 255 et suiv.) paraît identifier la notion d'ordre public et l'application de la *lex fori*. Nous nous séparons complètement de lui sur ce point. La considération de l'ordre public peut rendre compétente soit la loi du lieu de l'acte, soit celle de la situation des biens, soit celle du for, soit d'autres encore. Tout dépend du but de la loi et de la relation qu'il a avec l'ordre public de l'un ou de l'autre de ces territoires. Parlant de l'exception de jeu, M. Aubry dit que nous la considérerions à la fois comme territoriale et extraterritoriale. C'est, de sa part, une supposition mal fondée. La prohibition du jeu est territoriale et la loi compétente est celle du lieu où l'acte de jeu a lieu.

La difficulté n'existait nullement pour nos anciens auteurs. La notion de réalité était à leurs yeux intimement liée à cette circonstance que la loi avait les immeubles pour objet. Or il était d'évidence que pour chaque immeuble la loi de la situation était seule compétente. Loi territoriale signifiait donc loi de la situation de l'objet, et la question de compétence étant ainsi tranchée d'une manière uniforme ne se posait pour ainsi dire pas [1].

203) Il en est tout autrement aujourd'hui. La notion d'ordre public s'étend beaucoup plus loin que celle de loi immobilière, elle en est même entièrement indépendante et on ne retrouve plus, cette notion étant ainsi élargie, les raisons de convenance et de droit qui avaient lié l'autorité territoriale de la loi à la situation de l'immeuble qui en était l'objet.

Dès lors se pose la question que nous allons maintenant étudier. Pareille question s'est déjà présentée à nous au sujet des lois de protection individuelle, mais moins vaste alors et d'une solution plus aisée. Lorsque l'on recherche quelle est la loi compétente en matière de statut personnel, on ne peut guère hésiter qu'entre la loi du domicile et la loi nationale. Ici, au contraire, le champ de nos investigations est singulièrement plus étendu, et tous les pays auxquels un rapport de droit peut toucher au cours de son existence sont fondés, chacun suivant les cas, à lui faire application de leurs lois d'ordre public. Or ces pays sont nombreux. Lieu de naissance du rapport de droit, situation de la chose qui en fait l'objet, domicile des parties intéressées, lieu de son exécution, de sa transformation, siège du

[1] Ceci explique que, jusqu'à Bouhier, les jurisconsultes ne se préoccupèrent pour ainsi dire pas des statuts ayant les immeubles pour objet et les mentionnèrent fort rarement (Lainé, *Introduction*, t. II, pp. 220 et suiv.). On doit observer, en outre, qu'en ce qui concerne les biens fonds la *lex rei sitæ* est également la *lex fori* en vertu d'un principe de compétence judiciaire universellement admis. De là une extrême simplification qui ne se rencontrait pas, au contraire, dans le régime de la propriété mobilière.

tribunal appelé à en connaître, voilà autant d'endroits, situés peut-être dans des pays différents, et qui peuvent exercer une influence sur la détermination des lois d'ordre public, dont ce rapport de droit devra subir l'effet. Il y en a d'autres encore. Lorsque j'envoie une lettre à l'autre bout du monde, elle traverse, pour y parvenir, quantité de pays différents. Il n'en est aucun qui ne soit en droit de lui appliquer ses lois d'ordre public. Fort heureusement le principe du secret des correspondances laisse peu d'occasions à l'application des lois d'ordre public au commerce épistolaire.

204) Ce n'est pas à dire qu'un rapport de droit soit indistinctement et sous tous ses aspects soumis aux lois d'ordre public de tous les pays avec la législation desquels il peut se trouver en contact. Il est évident, par exemple, que la territorialité des lois de procédure ou de compétence ne le concerne, que lorsqu'il est entré dans la phase judiciaire de son existence. De même qu'un seul rapport de droit, par les multiples aspects qu'il présente, peut être simultanément soumis à l'empire de plusieurs lois, de même, à chaque moment de son existence et par chacun des côtés que l'on peut discerner en lui, il devient sujet à l'effet de certaines lois d'ordre public qui, à d'autres moments ou sous d'autres points de vue, ne le concernent nullement. Certaines lois d'ordre public peuvent considérer la naissance d'un rapport de droit, les lois fiscales, par exemple. Ce rapport sera à cet égard soumis aux lois du pays où il est né. D'autres concernent ses effets, elles appellent naturellement la contemplation de la législation du lieu où ces effets se produiront; d'autres encore les transformations qu'il peut subir. Il est clair que la loi territoriale compétente ne sera plus la même.

Il est donc nécessaire de déterminer très exactement la compétence de chaque catégorie de lois d'ordre public, on connaîtra par ce moyen et le vrai sens de leur territorialité et les rapports de droit qui tombent sous leur empire.

205) On se rappelle que nous avons dû nous poser une question analogue en ce qui concerne les lois de protection. La méthode qui nous a permis d'affirmer qu'en matière de statut personnel la loi compétente est la loi nationale, va nous servir à déterminer ici encore quelle est la loi compétente en matière d'ordre public. C'est donc le but social de chaque loi qui nous permettra de délimiter la sphère de son action. Il faut que ce but soit atteint et on étendra assez l'action de la loi pour qu'aucun rapport de droit ne lui échappe, qui serait susceptible de compromettre le besoin d'ordre public en vue duquel elle a été faite. Mais cette action s'arrêtera là, car il serait absurde de la pousser plus loin, jusqu'à y comprendre des rapports de droit qui ne peuvent influer en rien sur l'obtention du but social qui est sa raison d'être.

Ainsi posée la question de compétence des lois d'ordre public est parfois très facile, parfois très difficile à résoudre. En tout cas, il est nécessaire de distinguer entre les diverses catégories de lois d'ordre public que nous avons énumérées.

206) La question est très facile en ce qui concerne les lois pénales. Le devoir de chaque législateur est de rendre aussi rares que possible les crimes et les délits sur toute l'étendue du territoire soumis à ses commandements. Il existe un lien intime entre la répression des actes délictueux et la possession de la force publique, et il est nécessaire que celui qui dispose de l'une sur un territoire donné soit responsable de l'autre dans les limites de ce même territoire [1]. Et ceci nous explique, sans qu'il y ait besoin de recourir à aucune fiction, que les lois pénales d'un État soient applicables à bord des navires de cet État ou dans

[1] L'art. 7, code inst. crim., qui punit certains crimes commis à l'étranger par des étrangers ne doit pas être considéré comme une exception à ce principe, mais bien plutôt comme son application, car dans l'hypothèse d'attentat à la sûreté de l'État ou à son crédit, visée par cet article, c'est bien l'ordre public français qui est menacé, quoique l'acte matériel d'où la menace résulte soit accompli à l'étranger.

le pays étranger que ses troupes ont occupé. Chaque fois qu'un État se trouve chargé de maintenir l'ordre sur un certain espace, ses lois pénales peuvent y être légitimement appliquées; il remplit la fonction, il doit avoir le droit correspondant à cette fonction.

Un autre cas tout à fait élémentaire est celui des lois de procédure. Il va de soi que la loi compétente est celle du tribunal devant lequel le procès est pendant. Aussi n'insisterons-nous pas davantage sur ce point. Les seules difficultés qui naissent en la matière touchent au point de savoir ce que l'on doit entendre par lois de procédure. Plusieurs questions peuvent naître à ce sujet, notamment en ce qui concerne les preuves.

207) Les lois relatives à l'organisation de la propriété ne sauraient, elles non plus, prêter au doute. S'il s'agit de propriété immobilière, c'est la loi de la situation qui sera compétente; le seul ordre public, en effet, qui puisse être intéressé dans chaque cas est celui du lieu où l'immeuble est situé. En matière de propriété mobilière et de propriété intellectuelle, la question devient un peu plus complexe. Le caractère des lois de cette sorte étant de poser une limite au pouvoir absolu du propriétaire sur sa chose, dans l'intérêt public il faudra, pour chaque cas, considérer la loi du lieu où se produit l'exercice du droit de propriété [1]. Ce sera

[1] Les restrictions à la liberté du propriétaire sont moins fréquentes en matière mobilière qu'en matière immobilière. On peut cependant en citer des exemples. Ainsi, chez nous, la loi Grammont qui protège les animaux domestiques; en Italie, les édits qui ont interdit l'exportation des œuvres d'art à l'étranger (v. Lepelletier dans Cl. 1896, pp. 962 et suiv.) et qui ont donné lieu récemment à certains procès retentissants (par exemple l'affaire Chigi-Altieri dans Cl. 1901, pp. 202 et 892). Ces restrictions sont applicables à toutes les propriétés existant sur le territoire pour lequel elles ont été faites. Les nullités qui en résultent peuvent-elles être poursuivies, même à l'étranger ? Cette intéressante question était engagée dans l'affaire Sciarra qui a fait chez nous l'objet des arrêts de Paris, 27 avril 1892 (Cl. 1892, p. 973) et Cass., 20 novembre 1893 (Cl. 1894, p. 311), mais la seule question de procédure a été jugée. La question de fond nous paraît devoir être résolue par l'affirmative.

pour les meubles corporels la loi du lieu où se trouve le meuble, au moment où l'acte de disposition se produit, en dépit de la vieille règle *mobilia personam sequuntur*, qui avait, dans un système au moins, pour conséquence d'attribuer à la propriété mobilière une sorte de personnalité. Il a été démontré, du reste, que, même dans notre droit ancien, la règle *mobilia sequuntur personam* ne produisait son effet que sur le mobilier considéré dans son ensemble et à titre universel [1].

S'il s'agit de propriété littéraire ou industrielle, la loi d'ordre public compétente sera celle du pays où a été accompli l'acte qui peut être envisagé comme une atteinte au monopole du commerçant ou de l'artiste. C'est la législation de ce pays qui décidera si l'acte en question est illicite et quelles sont les conséquences de ce caractère. Il est arrivé à la jurisprudence française de réprimer des contrefaçons commises à l'étranger, sur un territoire où elles étaient admises comme licites. On doit regarder ces décisions comme rendues au mépris des principes du droit international privé [2].

208) Si l'on étend jusqu'à sa dernière limite le sens du mot propriété, on arrivera à y faire rentrer jusqu'aux créances, et ici, au moins, ce procédé est légitime, car il n'est pas de droit, quelque nom qu'il porte et quelle que soit sa nature, que le législateur ne soit amené à limiter en considération de l'intérêt public. De là vient la nécessité de savoir quelles seront en la matière les lois d'ordre

[1] Lainé, *Introduction*, t. II, pp. 227 et suiv. Il faut observer, en outre, que dans la doctrine de Dumoulin (qui paraît la plus juste à notre savant collègue) la loi du domicile était appliquée aux meubles non à titre de statut personnel, mais à titre de statut réel fictif.

[2] Angers, 15 décembre 1891, Cl. 1892, p. 1144. La critique faite par M. Bartin de cet arrêt est trop absolue, et les conséquences qu'il en tire excessives (*Études*, pp. 204 et 213), car la Cour d'Angers s'est attachée à établir que la publicité faite en Angleterre par ce marchand de faux champagne était pour la France même le principe d'une concurrence déloyale.

public compétentes. Pareille question se présentait déjà à nos anciens auteurs et l'on se rappelle l'embarras dans lequel elle les jetait. Certains localisaient la créance au domicile du créancier du patrimoine de qui elle fait partie[1], d'autres au domicile du débiteur. Comme nous l'avons indiqué antérieurement, il serait contraire à notre méthode de prendre parti sur cette question. Les créances n'ont pas un droit international qui leur soit propre et qui les rattache plus particulièrement à la personne du créancier, soit à celle du débiteur. Elles n'adhèrent aux os ni de l'un ni de l'autre. Les créances, comme tous autres rapports de droit, sont sujettes à l'empire de certaines lois, notamment de certaines lois d'ordre public, mais la compétence de chacune de ces lois dépend du but qu'elle poursuit et de rien autre : c'est la considération de ce but qui nous fera, suivant les cas, préférer la loi du créancier, ou celle du débiteur, ou toute autre loi ayant un rapport avec la créance.

Il s'est élevé en cette matière un dissentiment grave entre les tribunaux allemands et français au lendemain de la guerre de 1870. Pendant la guerre, des décrets du gouvernement de la Défense nationale avaient accordé des prorogations de délai de paiement aux débiteurs d'effets de commerce domiciliés sur le territoire envahi. Les porteurs se trouvaient mis par là dans l'impossibilité de faire faire le protêt dans les délais de la loi commerciale. Devaient-ils être considérés comme déchus de leurs recours contre les souscripteurs ou les endosseurs étrangers ? On a beaucoup discuté sur le point de savoir s'il s'agissait dans l'hypothèse d'une véritable prorogation d'exigibilité concédée au débiteur ou d'une loi de procédure interdi-

[1] C'était le plus grand nombre de beaucoup (cf. Lainé, *Introduction*, t. II, pp. 262 et suiv.) mais la question était encore compliquée de ce fait que dans notre ancien droit, un grand nombre de créances (ou mieux de rentes) étaient considérées comme immeubles, ce qui les assujettissait à l'autorité de la loi de la situation du fonds auquel elles étaient liées.

sant, pendant un temps, tout protêt. La question ne nous paraît pas avoir l'importance qu'on lui prête d'ordinaire. Quelle que soit la nature juridique de la mesure prise, il est certain qu'elle a été commandée par des raisons d'ordre public. Le gouvernement français avait le droit incontestable de prendre cette mesure, et les juridictions étrangères, en refusant d'accueillir les conséquences juridiques de cet acte de législation, ont manqué au respect mutuel que les États doivent avoir pour leur souveraineté [1].

209) Les lois d'ordre public qui tendent à donner aux actes juridiques la publicité reconnue nécessaire par le législateur offrent peut-être les applications les plus variées et les plus intéressantes des règles concernant la compétence des lois de cette sorte. Quel principe doit être posé en cette matière ? Simplement cette idée, que la loi applicable est celle qui réalisera effectivement la publicité désirée. Le but de la loi est de rendre public et connu de

[1] La loi du 13 août 1870 et les décrets du Gouvernement de la Défense nationale qui ont complété ses dispositions ont donné lieu, à l'étranger, à deux courants opposés de jurisprudence sur le point de savoir si le porteur, empêché de faire dresser en France le protêt dans les délais ordinaires, gardait son recours contre les endosseurs étrangers. Le Tribunal de l'Empire d'Allemagne s'est prononcé pour la négative (21 février 1871, Cl. 1874, p. 185), les Cours de cassation de Turin et de Gênes pour l'affirmative (Turin, 6 mars 1872 ; Gênes, 25 mars 1872 ; S., 72-2-217, note de M. Lyon-Caen). Le véritable point sur lequel porte la difficulté est ici intéressant à préciser. Personne ne conteste qu'en cas de calamité publique un législateur ait le droit de prendre des mesures tendant ainsi à la prorogation des échéances. Il est certain aussi que les lois de ce genre sont des lois d'ordre public, s'étendant à tous les effets qui auraient pu être présentés à paiement, quelle que soit leur origine. Ce qui fait difficulté, c'est que ces lois aient pu avoir pour conséquence de conserver au delà des limites ordinaires le recours du porteur contre les endosseurs étrangers. Ce qui est contesté, c'est l'effet réflexe de cette loi d'ordre public. Or, si l'on se pénétrait de ce principe qu'un acte accompli conformément aux prescriptions de la loi compétente (ici la loi territoriale) est un acte internationalement juste, et qu'un acte internationalement juste jouit d'une validité internationale nécessaire, aucune objection sérieuse ne saurait être faite dans l'espèce au recours tardif des porteurs.

tous un certain fait juridique, la loi à suivre est celle qui pourra efficacement produire cette publicité[1].

Certaines applications de cette idée sont familières à tous. On transcrit les aliénations immobilières, on inscrit les privilèges et les hypothèques au lieu où l'immeuble est situé. Est-ce parce que ces actes ont un immeuble pour objet? La raison paraîtrait assez faible, car à moins d'épouser aveuglément les doctrines statutaires, on ne voit guère que cette circonstance, qu'une loi de publicité a un immeuble pour objet, puisse en déterminer la nature. Mais si l'on songe à la nécessité qu'il y a de déposer une mention destinée à l'usage du public en un lieu fixe et bien connu de tous, on conviendra que le lieu de la situation de l'immeuble est celui qui répond le mieux à ce vœu, et que la loi de la situation est incontestablement ici la loi compétente.

Des immeubles passons aux créances. Certains actes qui dépossèdent le créancier, comme la cession de créance, la saisie-arrêt, doivent être portés à la connaissance des tiers, qui sans cela seraient amenés à traiter avec un créancier simplement apparent. Comment réalisera-t-on cette publicité? Les créances sont trop mobiles pour se prêter à une formalité d'enregistrement, mais, à défaut de ce moyen, on parvient au même résultat en exigeant une notification au débiteur cédé ou saisi-arrêté. Que le débiteur soit ici choisi comme intermédiaire de la publicité à effectuer, cela tient à deux raisons. Le débiteur est le premier intéressé à connaître les actes de disposition dont la créance a été l'objet. En outre, dans une créance, le débiteur est l'élément fixe et connu de tous. Il était donc naturel de concentrer en sa personne les renseignements propres à intéresser les tiers.

[1] Se conformant à ce principe, le Tribunal de la Seine (13 juin 1895, Cl. 96, p. 170) a soumis à la publicité de la loi française la séparation de biens d'époux étrangers résidant en France et y ayant leur patrimoine.

Dans ce cas ce sera donc la loi du débiteur que nous considérerons comme compétente. Mais qu'entendrons-nous ici par loi du débiteur? Ce n'est pas sa loi nationale, car il ne s'agit point du tout de lui assurer une protection pour laquelle la loi nationale aurait une compétence naturelle. C'est bien plutôt la loi de son domicile. Le domicile réalise bien (mieux sans doute que tout autre élément) ce point fixe, connu de tous et où l'on ira à coup sûr se renseigner sur les modifications dont la créance a pu être l'objet. C'est donc cette loi qui déterminera les mesures de publicité par le moyen desquelles ces actes seront portés à la connaissance des tiers[1].

Certaines modifications de l'état des personnes sont publiées. Tels sont, par exemple, les jugements portant interdiction ou dation d'un conseil judiciaire. Quelle sera la loi compétente? Nous sommes ici dans une matière qui appartient au statut personnel et reconnaît l'empire de la loi nationale. Nous n'hésiterons pourtant pas à donner compétence à la loi du domicile de la personne, parce qu'il s'agit de publicité et parce que la loi qui correspond le mieux au but social de l'institution dont il s'agit est celle qui réalise plus entièrement cette publicité. Or celle-ci est la loi du domicile de la personne. La nationalité peut être inconnue et ne contient pas du

[1] Cette règle trouve surtout son application en matière de saisie-arrêt et de cession de créance. Aucune difficulté quant à la saisie-arrêt. Les mesures de publicité y sont en même temps des lois de procédure : à ce titre elles sont incontestablement du domaine de la législation en vigueur au domicile du tiers saisi. Pour la cession de créance, le caractère de l'art. 1690 code civ. est plus difficile à déterminer. Brocher (t. II, pp. 195 et suiv.) dit (contrairement à l'opinion de Laurent) que l'on ne peut hésiter qu'entre le statut réel et le statut des faits juridiques ; il se décide pour ce dernier, c'est-à-dire pour la règle *locus regit actum*. Cette solution fournit aux tiers une garantie bien mince. Sauront-ils toujours en quel lieu la cession a été faite, et si elle leur est opposable ? Rolin (t. III, pp. 223 et suiv.) donne la préférence à la loi du lieu d'exécution, s'il n'a pas été frauduleusement choisi. Cette solution, meilleure que la précédente, ne nous paraît pas encore garantir suffisamment les intérêts des tiers qui veulent surtout savoir rapidement et sûrement à quelles conditions la cession doit répondre pour être efficace.

reste une précision suffisante. Le domicile est localisé à un endroit précis et où il est facile de se procurer la connaissance des faits intervenus.

D'après notre loi le contrat de mariage des commerçants doit être rendu public. La loi compétente sera ici, d'après nous, celle de leur établissement commercial, car c'est à ce lieu que les tiers iront tout naturellement chercher les renseignements sur leur régime matrimonial.

210) Mais c'est en matière de droit maritime que notre méthode conduit aux résultats les plus intéressants. Les navires ont cette propriété de constituer des biens d'une grande importance voués par leur destination à une perpétuelle mobilité. Les actes qui concernent la propriété des navires ou les droits réels dont ils peuvent être l'objet, intéressent les tiers ayant acquis des droits sur les biens de cette sorte et aussi ceux qui peuvent en acquérir par la suite. Il faut donc que ces droits soient publiés et, en effet, les diverses lois maritimes organisent cette publicité, sauf à différér sur les moyens employés pour la réaliser[1].

Quelle sera en cette matière la loi compétente ? Si un navire change de maître, s'il est grevé d'une hypothèque ou d'un privilège, en quel lieu et suivant quelle loi devront être accomplies les formalités de publicité que ces opérations comportent ? La jurisprudence montre une tendance générale à appliquer ici la *lex rei sitæ,* c'est-à-dire la loi du lieu où se trouve le navire au moment où est accompli l'acte juridique dont il est l'objet[2]. On verra

[1] Il n'est pas douteux que dans notre droit la mutation en douane qui doit accompagner l'aliénation des navires soit une mesure de publicité en même temps qu'une mesure de police (v. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial,* t. VI, p. 75).

[2] En ce qui concerne les formalités requises pour l'aliénation des navires la jurisprudence française parait fixée en ce sens (v. les décisions citées par Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, p. 84, n. 3). Mais en matière d'hypothèque maritime il n'en est plus de même. L'art. 33, § 3, de la loi du 11 juillet 1885 subordonne l'effet de l'hypothèque consentie à l'étranger sur un navire français à son inscription sur les registres de la recette

dans cette doctrine l'effet d'un respect absolu pour les principes de l'école statutaire, respect que l'on peut qualifier d'instinctif et d'aveugle. On observera en effet que les statutaires, lorsqu'ils édifièrent leur doctrine, ne se préoccupèrent point des navires, mais des immeubles, deux catégories de biens aussi différentes que possible, car l'une est aussi mobile que l'autre est fixe.

On conçoit donc qu'une solution ayant sa raison d'être à l'égard des fonds de terre n'en ait plus quand il s'agit de navires. Nous noterons surtout qu'en adoptant cette doctrine, on va contre le but de la loi et on la condamne à manquer le bien social en vue duquel elle a été faite. De quoi s'agit-il, en effet ? De donner aux tiers le moyen de se renseigner sur les actes qui ont pu transférer ou modifier la propriété d'un navire. Si ces actes se trouvent mentionnés sur les registres publics des lieux où se trouvait le vaisseau lorsqu'ils ont été passés, il faudrait que les tiers visitassent les registres de tous les lieux où le navire a séjourné pour s'assurer de l'existence ou de l'inexistence de pareils actes. C'est leur imposer une tâche impossible à remplir et c'est, par suite, laisser les tiers sans défense contre des titres préférables aux leurs et dont ils n'ont pu connaître l'origine.

La loi véritablement compétente est ici la loi du pavillon du navire[1]. Tout navire a une nationalité, celle du pays dont il porte le pavillon ; tout navire a dans ce pays

des douanes du port d'immatricule du navire, et la Cour de cassation (25 novembre 1879, S., 80-1-257, note de M. Lyon-Caen) n'a pas hésité à donner effet en France à une hypothèque sur navire étranger constituée et publiée d'après les règles de la loi du pavillon. Cf. l'arrêt de renvoi de Grenoble, 1881, et la note de Labbé (S., 1881-2-225). Le célèbre annotateur qualifie de grande et belle l'idée que les conventions passées à l'étranger doivent avoir leur effet en France, si elles ne sont pas contraires à une disposition prohibitive de la loi française. C'est ce que nous appelons le principe du respect international dû aux droits acquis.

[1] Sur l'application de la loi du pavillon, v. Lyon-Caen, *Études de droit international maritime*, Cl. 1877, p. 475 ; 1882, pp. 241, 488, 593. Les deux premiers de ces articles sont surtout intéressants au point de vue des questions étudiées au texte.

un port d'attache. Voilà le seul élément fixe que présente le navire, donc l'élément auquel on doit relier la publicité des actes le concernant, si l'on veut que cette publicité soit effective. Par suite ce sera la loi de la nationalité du navire qui déterminera les formalités exigées, et c'est à son port d'attache que ces formalités seront accomplies.

Depuis longtemps une part importante de la doctrine réclame cette solution pour les avantages pratiques qu'elle présente. Nous prétendons lui donner un fondement plus solide[1]. Cette solution n'est pas seulement désirable, elle est juste et concorde pleinement avec nos principes. Si, comme nous le pensons, la portée internationale d'une loi dépend du but social qu'elle poursuit, il n'est pas douteux que la loi de publicité en vigueur au port d'attache s'applique toujours aux actes juridiques dont le navire est l'objet, en quelque lieu que le navire soit, lorsque ces actes sont passés. Cette loi du port d'attache et celle-là seule peut, par son application, assurer auxdits actes une véritable publicité. Ce n'est pas seulement la loi qui assure la meilleure publicité, ce qui suffirait déjà à justifier notre solution, c'est l'unique loi capable de procurer la publicité. La loi du pavillon a donc ici une compétence exclusive.

[1] Sur tout ce qui concerne les aliénations de navire, les privilèges et hypothèques dont ils sont grevés, le droit de suite des créanciers chirographaires, nous arrivons aux mêmes conclusions que M. Lyon-Caen, mais pas par le même chemin. Il est facile de faire saisir la différence des deux doctrines. Notre savant collègue pense qu'il existe de bonnes raisons de ne pas appliquer aux navires la loi qui serait compétente, s'il s'agissait d'immeubles *(lex rei sitæ)* et de lui préférer la loi du pavillon. Nous disons, nous, qu'appliquer aux immeubles la *lex rei sitæ* et aux navires la loi de leur pavillon, c'est donner effet à une seule et même règle de droit international privé, la loi qui veut qu'en matière de publicité, on choisisse les formes qui assureront le mieux la publicité désirée. En matière immobilière, c'est la loi de la situation, et elle est excellente à ce point de vue : aucune autre, lorsqu'il s'agit d'immeubles, ne produira aussi certainement ni aussi facilement la publicité demandée. En matière de navires, cette même *lex rei sitæ* ne produirait pas une véritable publicité. Par cela même elle est impropre à atteindre le but de la loi; elle est donc incompétente et doit céder la place à la loi du pavillon, qui est compétente, parce qu'elle procure plus sûrement que toute autre le résultat en vue duquel les lois de cette sorte ont été écrites.

211) On rencontrera aussi dans le domaine des lois prohibitives concernant les intérêts économiques des difficultés assez graves sur le point qui nous occupe. Ces lois sont d'ordre public, personne n'en doute, mais quelle est la loi de leur compétence ? A quels faits intervenus, dans quelles circonstances chacune d'elles s'applique-t-elle ? La question s'est posée notamment en ce qui concerne le jeu et la stipulation d'intérêts usuraires [1]. Ici encore il faudra recourir à un examen attentif du but social de la loi pour la résoudre.

Une loterie étant organisée et tirée dans un pays où les jeux de cette sorte sont permis, on se demande si les opérations qui s'y rapportent pourront donner lieu à une action dans un pays étranger où ils sont interdits. Les tribunaux se montrent peu favorables aux actions de cette espèce, et ils ont généralement raison. Ce qui caractérise le jeu ce n'est pas uniquement l'organisation de la loterie, mais aussi la souscription des billets, et à ce point de vue il importe fort peu que la loterie existe valablement à l'étranger. L'opération de jeu se conclut sur le territoire, et porte atteinte à l'ordre public local. Cependant, si le contrat de jeu avait eu lieu lui-même à l'étranger, les juges n'auraient plus aucun motif de ne pas consacrer les obligations qui pourraient en être issues [2].

[1] Elle s'est posée en d'autres matières encore. Notre Cour de cassation, statuant au sujet d'une clause d'inaliénabilité jointe à un legs, a décidé que l'ordre public du lieu où la succession s'est ouverte est ici en cause et doit décider de la validité du legs (Cass., 24 janvier 1899, Cl. 1901, p. 998).

[2] Nos tribunaux déclareront le plus souvent de nul effet la souscription à une loterie autorisée à l'étranger, alors même que l'engagement a été contracté dans le pays même où la loterie est licite (Alger, 30 juin 1898, Cl. 1899, p. 562). Peut-on inférer de là que nos lois d'ordre public aient leur application même aux actes passés à l'étranger ? Je ne le pense pas et m'explique mieux ces décisions en disant que la souscription du Français à l'étranger sera facilement considérée par le juge comme une fraude faite à la loi française. Il est certain, en effet, que si cette jurisprudence n'existait pas, la prohibition édictée par la loi française deviendrait fatalement illusoire (cf. sur les jeux de bourse, Rome, 17 juillet 1886, Cl. 88,

212) Une question classique concerne les intérêts de prêts d'argent. On connaît la diversité des législations sur ce point. La plupart des lois considérant l'argent comme une marchandise ordinaire laissent le taux des prêts entièrement libre. D'autres limitent à un certain chiffre les intérêts que l'on peut stipuler. C'est ainsi que, d'après notre loi française, l'intérêt convenu ne peut pas dépasser 5 °/₀ en matière civile. Des conflits naissent de cette diversité. Comment les résoudra-t-on ? Il n'est pas douteux que les lois limitant le taux de l'intérêt soient des lois d'ordre public, et si un doute assez général règne quant à la solution des conflits qu'elles provoquent, ce doute provient de ce que l'on n'a pas toujours cherché à déterminer la loi compétente.

Un prêt est fait dans un pays où le taux de l'intérêt est libre. Plus tard le créancier poursuit son débiteur devant les juridictions d'un autre pays où le taux de l'intérêt est, au contraire, limité et où les intérêts promis sont considérés comme usuraires. Que devra faire le juge ? Les tribunaux français saisis de la question n'ont pas hésité à prononcer la condamnation [1]. Leur jugement ne peut être

p. 696, et 9 mars 1894, Cl. 99, p. 866). J'expliquerai également par une présomption de fraude l'arrêt de la Cour suprême de New-Hampshire du 2 mars 1887 (Cl. 90, p. 736) refusant de connaître de l'action en paiement d'une vente de spiritueux livrables au dehors du territoire de l'État, mais destinés probablement à la contrebande.

[1] Cass., 19 février 1890, Cl. 1890, p. 495. Un jugement plus récent du Tribunal de la Seine (5 décembre 1895, Cl. 1897, p. 149) contient une argumentation curieuse sur ce point. Le Tribunal raisonne de la règle *locus regit actum* affirmant que les conditions de validité d'un acte juridique doivent être appréciées d'après la loi du lieu où il est fait. Nous lui répondrons que la règle *locus regit actum* a toujours été considérée comme concernant la forme de l'acte et non pas les conditions de fond auxquelles il peut être assujetti. Il s'efforce ensuite de démontrer que la loi limitant le taux de l'intérêt ne porte pas une règle d'ordre public. Cette appréciation nous paraît constituer une erreur certaine. La loi limitative du taux de l'intérêt est, sans aucun doute, motivée, dans les pays où elle existe, par les dangers que ferait courir au crédit public la liberté du taux de l'intérêt et l'on n'a jamais douté qu'elle ne s'appliquât aux étrangers comme aux nationaux. Le vice de l'argumentation du juge re-

qu'approuvé. Un prêt d'argent concerne le crédit public du seul pays où il est réalisé, et c'est au regard de la législation de ce pays que doit être appréciée la question de légitimité des intérêts. Quant à l'ordre public de l'État où la poursuite est intentée, il est complètement désintéressé. Il n'y a donc pas lieu d'appliquer la loi du juge, si ce n'est toutefois dans le cas où les parties se seraient rendues à l'étranger pour éluder les dispositions de la loi du pays où elles sont établies.

Que dire de l'hypothèse inverse? Un prêt est consenti à des intérêts usuraires dans le pays où l'emprunt est réalisé. Ces intérêts sont réclamés devant des juges étrangers dont la loi admet la liberté en cette matière. Ces juges ne devront pas moins considérer ce prêt comme irrégulier, les mêmes principes entraînent ici cette solution.

213) Il arrive parfois en cette matière qu'une même sorte de lois provoque des questions très variées et d'une difficulté tout à fait inégale. Il en est ainsi des lois sur la responsabilité civile qui méritent de nous arrêter un instant.

S'il s'agit de responsabilité délictuelle, on est bien certainement en présence de lois d'ordre public. C'est le besoin de sécurité qui donne naissance à de pareilles lois et ce besoin intéresse la communauté au plus haut point. Quelle sera la loi compétente? En général aucun doute n'existera. La loi applicable sera celle du territoire dont la sécurité est en jeu, celle donc du territoire sur lequel le délit a été commis[1]. Mais certains délits sont commis en pleine mer à bord d'un navire. On concédera facilement, en pareil cas, que la loi du pavillon du navire réglera les suites

monte à cette conviction erronée qu'en matière d'ordre public c'est nécessairement et toujours la *lex fori* qui a compétence (cf. Trib. Seine, 13 février 1895, Cl. 96, p. 1064.)

[1] Par suite des exigences de l'ordre public et non pas en vertu de la règle *locus regit actum* comme le dit le Tribunal de commerce de la Seine (27 mai 1896, Cl. 97, p. 124).

du délit intervenu. Faut-il dire pour cela que le navire est une portion flottante du territoire national? Cela ne nous paraît pas nécessaire et une autre raison est plus probante. L'État dont le navire porte le pavillon est évidemment seul intéressé à ce que l'ordre règne à son bord; cela suffit à asseoir la compétence de ses lois. Des difficultés semblables se présenteraient si le délit était commis sur une terre n'appartenant à aucune souveraineté régulière et reconnue; elles présentent une grande analogie, à notre point de vue, avec le cas de l'abordage en pleine mer qui a déjà été examiné. Enfin une imagination féconde pourrait prévoir l'hypothèse d'un délit commis en ballon. On peut attendre, pour l'examiner, que la navigation aérienne ait fait encore quelques progrès.

La responsabilité contractuelle donne lieu, de son côté, à des difficultés graves. Non pas sans doute dans la mesure où elle peut être déterminée par les contractants eux-mêmes, car il suffit alors d'appliquer la loi conventionnelle de leur contrat, mais dans la mesure où cette responsabilité dérive d'une disposition impérative de la loi. Le contrat de transport a fait naître à cet égard une difficulté célèbre. Tandis que les transports par terre sont régis à cet égard à un droit uniforme, grâce surtout à l'Union de Berne du 14 octobre 1890, les transports maritimes demeurent sous le régime de la diversité des lois. Or parmi les lois maritimes, certaines admettent des clauses de non-responsabilité que d'autres repoussent. D'après la loi anglaise, l'armateur peut s'exonérer, par contrat, de la responsabilité des fautes du capitaine; d'après la jurisprudence française, il ne le peut pas[1]. Quelle loi sera applicable à un transport effectué entre les deux pays par un vaisseau anglais? L'application de la loi choisie par les parties ne se discute même pas[2]. Je ne crois pas que

[1] V. notamment Cass., 1er mars 1887, S., 1887-1-121, et la note de M. Lyon-Caen.

[2] Cf. Cass., 12 juin 1894, S., 95-1-161, et la note de M. Lyon-Caen, Trib. Seine, 30 novembre 1895, Cl. 96, p. 368. Les critiques adressées par

l'on puisse davantage songer à la loi du pavillon, car il s'agit d'une règle intéressant non pas le bon ordre du navire, mais la sécurité des transports. Or le voyage entrepris est un transport pour deux pays, pour le pays d'où vient le navire et pour le pays où il va. Deux lois, celle du pays d'exportation et celle du pays d'importation, sont intéressées au même titre dans ce transport et doivent être appliquées concurremment. Il suffit donc que la clause de la charte-partie soit illégale, d'après l'une des deux législations en présence, pour que juridiquement elle ne puisse pas produire son effet[1].

214) On rencontre dans le domaine des lois morales certaines règles d'ordre public dont la compétence normale est fort difficile à déterminer. Aucune de ces lois, peut-être, n'est plus connue et plus souvent citée que l'interdiction de la bigamie. Et pourtant si l'on se demande quelle est, en cette matière, la loi compétente, on tombe immédiatement dans des doutes fort graves. Est-ce la loi

notre savant collègue à l'arrêt de la Cour étaient, dans l'espèce, parfaitement fondées, car il s'agissait d'un transport effectué entre deux ports anglais. Mais nous ne pouvons nous associer aux considérations développées par lui. Ce n'est point la *lex loci contractus* qui doit être ici déterminante, mais la loi des pays entre lesquels le transport a lieu. Nous convenons, du reste, qu'en elle-même la *lex fori* n'a aucune raison de l'emporter sur les autres. Le Reichsgericht, 18 avril 1894 (Cl. 96, p. 410) a appliqué, en pareil cas, la loi du lieu de destination du navire.

[1] Cf. Cass., 24 février 1864, S., 1864-1-385 et la note. Un passager français, allant de Hong-Kong à Marseille sur un navire anglais, perd ses bagages par suite du naufrage du bateau. Il réclame, on lui oppose une clause de non-responsabilité inscrite sur son bulletin de bagages. La Cour de cassation condamne sa prétention en vertu de la règle de l'article 1134 code civ. Il est certain, cependant, que si le contrat avait eu lieu en France, la clause de non-garantie aurait été jugée sans valeur. Cette différence est inacceptable : qu'importe le lieu où le contrat est fait quand il s'agit d'un transport en France. L'arrêtiste ne voit pas là une disposition d'ordre public, parce que la clause en question n'est pas contraire à la morale universelle. Je crois précisément que cette conception trop élevée de l'ordre public a été cause de la fausse direction longtemps suivie sur ce point par notre jurisprudence

du lieu où le mariage est célébré ? Je crois que c'est bien ainsi que l'on envisage d'habitude la portée de cette règle d'ordre public. Cependant on peut se demander en quoi un mariage polygamique d'étrangers, qui ne seraient même point domiciliés dans le pays de célébration de leur union, peut troubler l'ordre public de ce pays. Est-ce la vie en commun d'un homme et de plusieurs femmes? Il est certain que cette communauté d'existence choque directement nos idées et nos mœurs : on peut hésiter cependant à admettre que ce soit précisément cela que le législateur a entendu interdire. On voit par cet exemple combien une règle réputée banale peut devenir embarrassante si l'on prend soin d'aller au fond des choses et de scruter sa véritable portée internationale.

215) La théorie de la détermination de la loi compétente en matière de lois d'ordre public n'a jamais été faite. Les développements qui viennent d'être donnés n'épuisent pas, sans doute, cette importante et difficile matière. Ils ont eu pour but de la proposer à l'attention des jurisconsultes et de signaler certains points sur lesquels on peut obtenir, par l'application de notre méthode, des résultats juridiquement incontestables.

Ils auront montré aussi que la science du droit international privé, telle que nous la concevons, est infiniment plus flexible dans ses méthodes, plus variée dans ses conséquences que l'ancienne théorie statutaire. Celle-ci n'hésitait jamais qu'entre deux lois, loi du domicile, loi de la situation des biens, encore marquait-elle une préférence constante pour cette dernière. Celle-là consacre, suivant les cas, les prétentions de chacune des lois au domaine desquelles le rapport de droit peut toucher. Les lois de la situation, du domicile, du contrat, du lieu d'exécution, du pavillon, du for compétent, reçoivent d'elle, tour à tour, leur part légitime d'influence, mais respectueuse de la volonté des parties dans les limites qui lui sont assignées par la puissance publique, respectueuse aussi de la voca-

tion naturelle que possède la loi nationale à pourvoir à la protection de la personne, la théorie ne permet l'application de ces diverses lois que lorsque l'ordre public des États qui les ont portées se trouve en jeu.

Remarquons, du reste, que cette théorie ne compromet en rien la territorialité des lois d'ordre public. Quelle que soit celle d'entre elles qu'après considération de leur but commun l'on se décide à appliquer, on l'applique toujours comme loi territoriale, c'est-à-dire que l'on soumet à son empire tous les rapports de droit qui présentent avec elle cette relation qui détermine sa compétence, quelque origine qu'ils aient et quelles que soient les parties intéressées. Voici, par exemple, la loi qui déclare une personne responsable des délits d'une autre. C'est une loi d'ordre public et dont la compétence dépend du lieu où le fait délictueux a été commis, car c'est l'ordre public de ce lieu qui est intéressé à son application. Cette loi ne s'appliquera donc qu'autant que l'acte source de la responsabilité aura eu pour théâtre le pays dans lequel elle est en vigueur, mais dans les limites de cet État elle sera territoriale et s'appliquera à toutes personnes sans distinction de nationaux et d'étrangers, de domiciliés ou de non-domiciliés.

Bien plus, on peut affirmer que la détermination de la compétence de toute loi territoriale est nécessaire pour donner un sens quelconque à la notion de territorialité. Si l'on néglige d'y procéder on aboutit à un non-sens, à cette conclusion qu'un même rapport de droit est soumis à l'empire de toutes les législations dont il touche le territoire, de plusieurs législations dont la teneur sera différente, contradictoire peut-être. Ce serait rendre impossible l'application du principe de territorialité des lois d'ordre public. C'est encore un service que la considération du but social de chaque loi d'ordre public est appelée à rendre, que cette fixation du domaine dans lequel elle peut raisonnablement prétendre à exercer son autorité.

216) Nous avons essayé jusqu'ici de démêler le véritable

sens du principe : il nous reste encore, pour bien apprécier sa portée, à définir exactement l'autorité internationale qui doit lui être reconnue.

On peut, à ce point de vue, émettre deux idées différentes et considérer le principe soit comme un élément de la communauté du droit entre nations, soit comme une infraction à cette communauté. Hâtons-nous d'éclairer cette question abstraite en en montrant l'intérêt pratique. Si la règle de la territorialité des lois d'ordre public peut être considérée comme une règle du droit international, ses applications jouiront d'un effet universel, et un État devra considérer comme nul un acte juridique accompli au mépris de la loi d'ordre public compétente, alors même que son propre ordre public serait désintéressé dans l'affaire. Si c'est, au contraire, une pure exception aux règles du droit international privé, exception commandée par les exigences de la législation intérieure, le juge de chaque État ne tiendra compte de la non-conformité des rapports qui lui sont soumis avec l'ordre public qu'autant qu'il s'agira de son propre ordre public. En aucun cas il n'accordera la sanction de ses décisions aux prescriptions d'un ordre public étranger.

Prenons un exemple. L'article 1780 défend tout louage de service qui serait consenti pour la vie entière du bailleur. Il n'est pas douteux que cette loi protectrice de la liberté de l'homme soit une loi d'ordre public. Si un engagement de cette nature était pris à l'étranger dans un pays où il est considéré comme licite, et si on voulait ensuite le ramener à exécution en France, certainement les juges français refuseraient de le sanctionner; ils y verraient avec raison une atteinte à l'ordre public français. Mais considérons l'hypothèse inverse : c'est en France que cet engagement a été pris et c'est à l'étranger que l'on prétend le faire valoir. Que répondra le juge saisi du litige ? Ici apparaît l'intérêt de notre question. Si le juge étranger considère l'exception d'ordre public comme appartenant exclusivement à la législation intérieure, il accueil-

lera la demande, car, dans l'hypothèse, l'ordre public de son pays n'est nullement intéressé. Si, au contraire, il voit dans le respect de la loi d'ordre public compétente un principe du droit international privé et un article de cette communauté juridique existant entre peuples civilisés, il repoussera cette même demande, parce que le rapport de droit dont elle procède a été établi contrairement aux règles du droit international privé.

Les juges auront toujours une tendance à se placer au premier de ces deux points de vue [1]. Cela facilite leur tâche et cela concorde mieux avec les idées de personnes qui, étant rarement aux prises avec des questions internationales, ont peine à se faire une idée exacte des devoirs des États compris dans la communauté internationale.

Le même penchant porte les juges à multiplier sans mesure les applications de leur loi nationale. Ce penchant est intelligible et humain, mais il ne doit pas être approuvé. Il n'est pas douteux, en effet, que le principe de la territorialité des lois d'ordre public est une règle du droit international privé. Elle l'est au même titre que toutes les autres, parce qu'elle repose sur la même base, sur les devoirs de l'État envers ses sujets, devoirs dont le respect s'impose dans les rapports des États entre eux. Certaines lois sont extraterritoriales, parce qu'elles correspondent au devoir incombant à l'État de protéger ses nationaux en tout temps et en tout lieu ; d'autres sont territoriales comme satisfai-

[1] Cette tendance est également puissante en doctrine. Elle se recommande de la grande autorité de Savigny, lequel considère comme une exception à l'obligation d'appliquer le droit local propre à un rapport donné la nécessité de respecter les lois que nous appelons d'ordre public (trad. Guenoux, pp. 34 et suiv.). De Bar (*Theorie und Praxis*, t. I, pp. 127 et suiv.) paraît adopter le même point de vue. Sa formule (p. 130) n'envisage l'ordre public que comme pouvant faire obstacle à l'exercice sur un territoire des droits régulièrement acquis à l'étranger. Elle est manifestement trop étroite, car s'il est vrai qu'une personne ne peut faire appel à un droit lui appartenant en vertu d'une loi étrangère pour se soustraire à un principe d'ordre public local, il est plus clair encore que cette personne ne pourrait se constituer un droit valable au mépris d'une disposition d'ordre public.

sant à une autre fonction de l'État, au maintien de l'ordre public sur son territoire. Il y a parité complète entre la raison d'être de ces deux compétences diverses de deux catégories de lois et, par suite, l'on ne peut pas prétendre que l'une ait un caractère juridique international que l'autre ne posséderait pas. Même s'il fallait établir entre elles un ordre de primauté, la territorialité des lois d'ordre public devrait être classée en tête comme étant l'émanation de la fonction la plus importante de l'État.

217) De ce principe la conséquence directe est celle-ci : la règle de la territorialité des lois d'ordre public a droit à un respect universel, comme toute autre règle du droit international privé. C'est ce que nous avons nommé, dans une précédente étude, l'effet réflexe de la territorialité des lois d'ordre public [1]. Cet effet réflexe n'a, du reste, rien

[1] V notre *Ordre public*, pp. 82 et suiv. M. Aubry *(De la notion de territorialité*, Cl. 1896, pp. 296 et suiv.) nous attribue à ce sujet une doctrine bien tortueuse en nous faisant dire qu'une loi étrangère peut, en matière d'ordre public, être appliquée dans un pays comme loi d'un for étranger. En vérité, avant de lire M. Aubry, nous n'avions aucune idée de ce détour. Une loi étrangère d'ordre public s'impose à un tribunal quelconque lorsqu'elle était compétente dans le rapport de droit dont il est saisi. Ceci est la traduction de cette idée toute simple qu'un juge ne doit reconnaître la validité d'un rapport de droit que lorsque ce dernier a satisfait aux exigences de la loi compétente. Nous n'avons jamais dit autre chose. Du reste, il n'est pas exact d'avancer, avec M. Aubry, que toute différence entre les lois d'ordre public de deux pays entraîne fatalement une contradiction. Il est d'ordre public que je ne joue pas en France ; il n'est pas d'ordre public que je joue en Angleterre où, je le suppose, cette prohibition n'existe pas. Dans ce domaine, les cas de contrariété absolue sont, au contraire, l'exception, et dans les cas mêmes où cette contrariété se produit, le juge se contentera de refuser aux actes passés à l'étranger tout effet dans son pays si cet effet doit y être incompatible avec les nécessités de l'ordre public. Pour repousser et l'effet réflexe des lois d'ordre public et la base que nous lui assignons dans le devoir des États de respecter leur mutuelle souveraineté, M. Aubry allègue le défaut d'effet réflexe des lois politiques et des lois pénales. Il affirme avoir démontré ainsi l'inanité de notre méthode. C'est aller un peu vite : au plus pourrait-il dire que dans la pratique internationale actuelle ce principe n'est pas encore arrivé à une application générale, qu'il comporte des exceptions, ce que nous ne contestons nullement et ce dont nous avons donné ailleurs l'explication.

de particulier aux lois d'ordre public. Tout principe considéré comme faisant partie du droit international privé doit jouir d'un respect universel; c'est la condition fondamentale de l'existence d'un droit international privé quelconque. Il n'est peut-être pas inutile d'observer ici que cette grande loi ne recevra sa pleine application qu'au moment où les diverses nations se seront entendues sur l'adoption d'un corps uniforme de principes de droit international privé.

Ce moment n'est pas encore venu, on le sait. Aussi, pour être plus exact et nous conformer mieux à l'état actuel des choses, poserons-nous cette formule : tout principe compris dans la définition acceptée par une législation des règles du droit international privé doit être respecté par l'État aussi bien dans les applications qu'il a reçues à l'étranger que dans celles qu'il reçoit sur son propre territoire. Quant à la question qui nous occupe, ces deux formules ont une valeur égale, car la territorialité des lois d'ordre public est une notion que l'on rencontre dans toutes les doctrines, dans toutes les législations.

218) Le principe étant ainsi justifié, il faut insister sur ses conséquences : elles sont considérables et se groupent autour des deux grandes règles déjà citées. 1° Tout rapport de droit établi en violation des règles d'ordre public de la loi compétente doit être considéré en tout lieu comme irrégulier et de nul effet. De là dérive pour le juge l'obligation de rechercher quelle était la loi d'ordre public compétente et de refuser sa sanction au rapport de droit existant au mépris des dispositions de cette loi. Cette idée est féconde en applications pratiques intéressantes. Le prêt usuraire fait en France devra être réputé usuraire, même dans les pays où le taux de l'intérêt est libre. Le meuble perdu ou volé transmis, en France, à un acquéreur de bonne foi ne devient pas sa propriété et peut être revendiqué contre lui aussi bien à l'étranger qu'en France et sans qu'il y ait lieu de tenir compte de la législation du pays devant les tribunaux duquel l'action est portée.

Lorsqu'une sentence étrangère est présentée à un juge à fin d'exequatur, ce juge refusera de la laisser exécuter si elle a été rendue par un tribunal incompétent. Que faut-il entendre en la matière par tribunal incompétent? Celui qui était incompétent d'après la loi du pays dans lequel la sentence a été rendue. Il n'est pas douteux, en effet, que les lois de compétence comme les lois de procédure soient d'ordre public. Le juge étranger doit s'incliner devant le droit de disposition qui appartient à cet égard à l'État étranger. Ce point souffre cependant une réserve qui sera faite un peu plus bas.

219) 2° Tout rapport de droit établi en conformité des règles d'ordre public de la loi compétente doit être tenu pour valable (sous ce rapport au moins). Cette conséquence dérive aussi directement que la précédente de notre principe, mais elle est immédiatement sujette à une restriction importante. Ce rapport sera considéré comme valable, à moins qu'il ne soit contraire à l'ordre public du pays où l'on prétend le faire valoir. Cette exception est nécessaire, car on ne peut obliger un État à respecter la légitime action des lois étrangères jusqu'au point de compromettre son propre ordre public; elle est fréquente aussi. Nous nous bornerons ici à quelques exemples, devant revenir sur ce point à l'occasion de la théorie des droits acquis.

220) Nous disions plus haut que dans l'instance en exequatur le juge doit, sur la question de compétence, se référer à la loi du for devant lequel le procès a été pendant. Il est possible cependant qu'une autre ligne de conduite s'impose à lui. Si le procès était, d'après la loi de l'État auquel l'exequatur est demandé, de la compétence des tribunaux de cet État, ou encore si la loi de compétence qui a investi le juge étranger de sa juridiction est considérée dans le pays d'exécution comme contraire aux lois élémentaires de la justice, le juge refusera l'exequatur. Entre deux ordre publics en conflit il choisira le sien. Rien de

plus légitime que cette préférence. C'est ainsi que les juges étrangers refusent régulièrement l'exequatur aux jugements français rendus sur le fondement de l'article 14 du code civil. De même on refuse l'exécution aux jugements étrangers, quand il est prouvé que la partie condamnée n'a pas été citée au procès. C'est encore une très bonne application de l'exception d'ordre public.

On trouvera des applications fréquentes de la règle et de l'exception en matière de nationalité. Les lois sur la nationalité sont, au premier chef, des lois d'ordre public auxquelles respect est dû dans les limites de leur compétence. On ne refusera pas à un étranger de se prévaloir en France d'un mode d'acquisition ou de perte d'une nationalité étrangère non admis par la loi française. Mais, s'il arrive que cet homme soit, aux termes de la loi française, un Français, il invoquerait en vain devant nos tribunaux les dispositions de la loi étrangère qui l'ont fait citoyen de l'étranger. Fatalement, dans chacun des deux États auquel il se rattache, il sera considéré comme un national de l'État. Fatalement les nombreux inconvénients attachés à une nationalité double se produisent par rapport à lui. La diversité des lois sur la nationalité produit de semblables conflits, mais ils résultent surtout des termes des traités d'annexion qui sont régulièrement interprétés par chacun des États intéressés dans le sens le plus favorable à ses prétentions [1].

221) Il faut encore, pour achever le tableau des effets internationaux des lois d'ordre public, signaler certains conflits, les plus graves de tous, qui sont aussi la conséquence inévitable de l'indépendance des États en matière

[1] Ces conflits sont d'autant plus embarrassants que la personne intéressée n'a pas la ressource de fixer sa situation en acquérant exclusivement l'une des deux nationalités entre lesquelles le doute existe. On n'acquiert pas ce que l'on possède déjà. L'obtention d'une troisième nationalité par voie de naturalisation pourrait seule mettre fin à son embarras, mais c'est un remède héroïque, contraire aux intérêts comme aux intentions de la personne à double nationalité.

d'ordre public. Il peut arriver que des lois d'ordre public d'États différents donnent à une même question des réponses contradictoires. C'est ce qui se produit lorsqu'une personne est considérée par deux États comme sujette de l'État. Ici elle doit à sa filiation, là au lieu de sa naissance cette qualité. Il importe peu. Quelle sera la véritable nationalité de cette personne? Si la question se pose dans l'un des États intéressés, elle n'est point embarrassante : les juges la trancheront suivant les lois de cet État ; si dans un État tiers, elle devient, au contraire, très difficile, cet État n'ayant aucune raison de droit qui lui permette de choisir entre deux règles contraires l'une à l'autre, portées par deux États agissant dans l'exercice indiscutable de leur souveraineté. On a proposé à ce conflit diverses solutions empiriques : elles n'ont, au point de vue de la théorie, aucune valeur et ne peuvent s'autoriser que de la règle qui défend au juge de laisser sans décision une affaire portée devant lui.

Nous avons cru longtemps ces conflits sans remède ; un examen plus attentif nous a montré que certains d'entre eux, au moins, sont susceptibles d'une solution rationnelle. Cette solution, empruntée aux principes qui régissent la matière des droits acquis, sera exposée avec cette matière. Mais il demeure vrai que beaucoup de ces conflits sont insolubles. C'est une nouvelle preuve de l'imperfection de notre science, imperfection qui tient aux conditions mêmes dans lesquelles elle exerce son action et que l'on ne pourra jamais éliminer complètement.

Ces conflits insolubles sont fréquents en matière de nationalité, mais ils peuvent se rencontrer aussi ailleurs. Récemment, nos tribunaux ont été saisis d'une affaire mettant en jeu deux jugements étrangers rendus l'un et l'autre par des juridictions compétentes et déclarant, l'un la validité d'un mariage, l'autre son invalidité. Quel parti prendre entre eux ? Bien que l'affaire ait été étudiée avec un soin tout particulier, il a été impossible de faire jaillir de cette étude une raison péremptoire, de décider en un

sens ou en l'autre[1]. Il se présentera toujours quelquefois des affaires de ce genre.

222) Nous avons ainsi parcouru les principales questions que fait naître cette matière ardue de l'ordre public et de son rôle en droit international privé. On peut dire de la territorialité des lois d'ordre public qu'elle est le principe à la fois le plus généralement accepté et le moins connu de notre science. Il est certain cependant que la connaissance de son sens véritable et de sa portée est indispensable à quiconque prétend se faire une idée nette du droit international privé. Quelque ingrate que soit la besogne à laquelle on s'attelle en l'abordant, il faut l'accomplir, dût-on pour cela être en droit de renouveler les plaintes que poussaient si volontiers nos anciens jurisconsultes.

[1] L'affaire de Wrède mérite de devenir célèbre dans les fastes de la jurisprudence française. Suscitée par une simple question de rectification d'acte de l'état civil, elle a fait naître les questions les plus embarrassantes. Un mariage est contracté entre Autrichiens en Autriche. Plus tard, le mari se fait naturaliser Russe et obtient des juridictions de sa nouvelle patrie un arrêt annulant son mariage. Sa femme se remarie en France. Elle se sépare de son mari et celui-ci obtient des tribunaux allemands une décision disant que le premier mariage de sa femme n'avait jamais été dissous et, par suite, que le second mariage contracté par celle-ci avec lui, demandeur, était nul. Il s'agissait de transcrire en marge de l'acte de mariage rédigé et conservé en France la mention de cette dernière annulation. Les juges français, dans cette instance, se trouvèrent en face de deux jugements étrangers contradictoires rendus au sujet du même mariage et par des tribunaux dont il semble que l'on n'ait pas discuté la compétence. Que devaient-ils faire ? Le conflit est ici moins menaçant que dans le cas où il s'élève entre deux lois étrangères d'ordre public. Sans doute il était impossible de donner simultanément satisfaction à l'arrêt russe et à l'arrêt allemand, mais la contradiction ici existait, remarquons-le, non pas entre deux lois absolues et immuables, mais entre deux appréciations portées sur le même acte juridique. En présence de cette équivoque les tribunaux français auraient dû juger eux-mêmes la question de survivance du deuxième mariage. Ils se sont tirés d'affaire autrement. La Cour de Paris (25 juin 1898, S., 1900, p. 41, note Audinet) et la Cour de cassation (9 mai 1900, S., 1901, p. 185) ont voulu voir dans le jugement second en date une atteinte à l'ordre public français, atteinte sur la nature de laquelle ces deux juridictions ne s'accordent pas. C'est tiré par les cheveux (v. la note Audinet ; v. aussi les consultations de MM. Weiss et Lainé dans les *Pandectes françaises*, 1900-5-33).

CHAPITRE XV

Le principe d'autonomie de la volonté.

223. Définition de ce principe. Difficultés que fait naître la solution des conflits en matière de contrats. — 224. Dumoulin, auteur de la doctrine de l'autonomie de la volonté. — 225. Histoire de cette doctrine. — 226. Dans quelle mesure est-il juste de s'inspirer de l'intention des parties ? Erreur des disciples de Dumoulin. — 227. Critique de l'extension donnée à sa théorie. — 228. Elle ne s'applique qu'aux conflits entre lois facultatives. — 229. De l'interprétation de la volonté des parties. — 230. Restriction à leur liberté. — 231. Le choix à exercer par le juge. — 232. Importance de la loi du domicile. — 233. Règles fixes à établir. — 234. Causes de l'extension abusive du principe de l'autonomie de la volonté. — 235. Ses limites ; il doit céder aux lois d'ordre public. — 236. *Quid* des lois obligatoires de protection individuelle ? — 237. Recherche de la règle de compétence applicable à certaines lois obligatoires concernant les contrats. Unité relative des lois étrangères en matière contractuelle. Ses causes. — 238. Mode de détermination de la loi compétente ; compétence du statut personnel. — 239. Maintien de cette solution même au point de vue de l'utilité pratique. — 240. Critique de la doctrine du statut de l'acte juridique. — 241. Indication des lois compétentes en matière de contrats ; distinction entre les lois interprétatives de la volonté des parties et les lois obligatoires sur la formation des contrats et leurs effets à l'égard des tiers. — 242. Lois sur la forme des contrats. — 243. Lois d'ordre public. — 244. Lois obligatoires écrites dans l'intérêt des particuliers et des parties contractantes. — 245. Question de la détermination du régime matrimonial des époux mariés sans contrat. — 246. Comparaison avec les successions. Application de la loi nationale du mari. —

223) Les opinions diverses qui se partagent le domaine du droit international privé se rencontrent au moins sur un point, sur le principe de solution des conflits naissant en matière de contrats ou, plus généralement, en matière d'actes volontaires. Ici le point de vue change. Au témoignage de tous les auteurs il ne s'agit plus de rechercher la loi à l'autorité de laquelle le rapport de droit doit être subordonné, mais la loi à laquelle les parties ont entendu se soumettre. C'est la volonté qui donne à la loi sa compétence internationale, parce que c'est elle qui confère aux lois de cette sorte leur autorité dans les rapports purement intérieurs.

Tel est le principe communément appelé de l'autonomie de la volonté. Bien que cette expression ait été critiquée par Savigny, comme non-conforme au sens traditionnel des termes employés, et que l'on puisse lui reprocher d'avoir induit les esprits en erreur par sa forme trop absolue [1], nous la conserverons. Elle est d'un usage général, elle rend d'une façon assez claire le sens du principe auquel elle sert d'étiquette, elle mérite donc de ne point disparaître du langage courant.

Les actes volontaires sont juridiquement dominés par la considération de la volonté de leurs auteurs et, s'il arrive, au sujet de l'un d'eux, que l'on doute de la loi à laquelle il doit être soumis, c'est la recherche de cette intention qui, logiquement, devra fournir la solution du conflit pendant.

[1] Il semble, en effet, grâce à ce mot d'autonomie, que la volonté trouve en elle-même un principe de décision qui s'impose au législateur lui-même. Or cela n'est pas juste. Si la volonté des parties peut, en certaines matières, créer comme elle l'entend le droit auquel elles seront soumises, c'est parce que le législateur le veut ainsi. Sans l'art. 1134 du code civil la volonté ne ferait pas en France la loi des parties.

Cette règle paraît à la fois, très logique et très simple. Elle dut sembler reposante aux contemporains du grand jurisconsulte qui la formula le premier, et un esprit non prévenu ne se doute pas, en l'abordant, des difficultés qui l'attendent. Ces difficultés sont de notre ressort, elles préoccupent depuis quelques années surtout les jurisconsultes. Essayons de soumettre à l'examen le plus attentif le problème que suscitent les lois interprétatives de volonté. Deux questions se présentent ici à nous, d'importance fort inégale :

1° Dans quelle mesure est-il juste d'appliquer à la solution des conflits la règle de l'autonomie de la volonté ?

2° En quel sens cette règle doit-elle être interprétée, lorsque les parties n'ont pas fait connaître elles-mêmes leur volonté ?

La première de ces deux questions, plus juridique et moins connue de beaucoup que la seconde, a droit à toutes nos préférences.

224) Dumoulin est, comme on sait, le premier jurisconsulte qui ait proclamé cette vérité d'évidence que les lois qui tirent leur autorité de la seule volonté des parties sont aussi, quant à leur effet international, subordonnées à cette même volonté. On peut bien dire que, dans cette matière au moins, l'on n'avait fait que bégayer jusqu'à Me Charles Dumoulin. A la vérité, les bartolistes s'occupaient déjà des conflits entre statuts concernant les contrats, surtout pour séparer ce qui concerne la forme de ce qui concerne le fond, la *litis ordinatio* de la *litis decisio*. Déjà ils donnaient compétence, suivant une distinction encore usitée aujourd'hui, tantôt à la loi du lieu de formation, tantôt à la loi du lieu d'exécution, mais il n'apparaissait nulle part que leur principe consistât simplement à ériger en loi la volonté des parties. Ils aimaient mieux s'adresser, suivant leur coutume, aux Pandectes et citer la loi *Si fundus* ou la loi *Contraxisse* ou encore la loi *Exigere dotem*. En ce faisant, les postglossateurs consacraient sans doute

l'idée de la puissance du consentement dans les contrats, car les fragments cités sont tout autant d'applications de cette idée, mais ils la consacraient par une voie indirecte, au nom de l'autorité du droit romain. On notera cependant une tentative d'explication fort originale chez Paul de Castres. Cet auteur fonde la compétence de la loi du lieu de formation du contrat sur cette idée que le contrat, comme une personne, a un statut qui lui est propre, le statut du lieu de son origine. On retrouve dans la pratique anglaise, en matière de capacité contractuelle, des vestiges certains de cette conception. Il appartint à Dumoulin de dégager en cette matière les vrais principes. Dumoulin s'est attaqué, à deux reprises, à la question de la loi compétente dans les contrats, d'abord dans son célèbre *Consilium LIII,* à l'occasion de la communauté des époux de Ganey, ensuite, et beaucoup plus tard, dans sa théorie générale. Dans la première occasion, le jurisconsulte s'appliquait à démontrer que la communauté existant entre époux domiciliés en pays coutume s'étendait même aux biens situés dans le ressort du droit écrit et, pour y parvenir, il alléguait que la communauté même coutumière est établie en vertu du consentement tacite des époux. La coutume, dans un contrat, n'intervient pas comme loi publique, mais comme loi privée et voulue, elle doit donc échapper à la règle stricte de la territorialité.

Toute cette argumentation visait à établir que la communauté coutumière concerne la personne plutôt que les biens et que, personnelle dans son objet, elle devait être aussi personnelle dans ses effets.

Plus tard, dans son *Commentaire sur le Code,* Dumoulin reprend la question : arrivé aux questions concernant le fond du droit *(quæ meritum scilicet causæ vel decisionem concernunt)* il distingue ce qui dépend de la volonté des parties *(aut statutum loquitur de his quæ pendent a voluntate partium vel per eas immutari possunt... aut disponit in his quæ non pendent a voluntate partium sed a solâ potestate legis)* de ce qui excède cette vo-

lonté [1]. A l'occasion des lois de la première espèce il observe qu'elles soulèvent une question de fait plutôt que de droit, les difficultés que ces lois suscitent devant logiquement être tranchées par la seule considération de l'intention des intéressés.

225) Tel fut le fondement de cette célèbre doctrine qui nous fut livrée d'abord dans un grand appareil de lois romaines sans lequel un jurisconsulte, à l'époque de Dumoulin, n'aurait pas osé proposer ses opinions, mais qui tire toute sa force de l'analyse qu'elle contient de la nature des lois interprétatives. Les principes posés par Dumoulin n'obtinrent pas, tout d'abord, le succès dont ils étaient dignes et qu'ils devaient rencontrer dans une doctrine plus récente. Les jurisconsultes statutaires, contemporains ou successeurs de Dumoulin, en virent d'abord les dangers et, sans donner grande attention aux lignes générales de la théorie, s'appliquèrent de préférence à combattre et à réfuter la solution proposée touchant le caractère de la communauté coutumière. Cette solution, en effet, contrariait les idées les plus solidement établies touchant la portée du statut de communauté, elle était contraire à la jurisprudence des parlements, qui lui cédèrent parfois, mais sans jamais s'y rallier d'une façon ferme et indiscutée.

On ne s'étonnera pas de voir ici encore d'Argentré [2] à la tête des adversaires de Dumoulin, et l'on ne sera pas surpris non plus de constater que, jusqu'à Bouhier et à Pothier au moins, l'influence du jurisconsulte breton demeura prépondérante [3].

[1] Dumoulin (*Opera*, t. III, pp. 554 et 556).

[2] D'Argentré, *Commentaire*. Des Donations, art. 218, Glose 6, n°s 33 et suiv.

[3] Si nous considérons les trois jurisconsultes dont les œuvres traduisent le mieux l'état de la théorie des statuts au XVIIIe siècle, nous constatons qu'à cette époque la théorie de Dumoulin n'avait point encore définitivement triomphé. Froland (*Mémoires....*, t. I, p. 197) dit fort bien, au sujet de la communauté coutumière, que ce n'est point l'intention des parties qui doit fixer la résolution du magistrat, mais bien ce qui est en leur pouvoir, notamment s'il leur a été permis de renverser les sacrées dispositions de nos coutumes, et plus loin (t. I, p. 321) il se refuse à discuter

Quelle est la valeur théorique de la doctrine de Dumoulin ? Il a été longtemps d'usage de l'accepter les yeux fermés, parce qu'elle paraissait juste et surtout parce qu'elle est fort commode : dans ces dernières années seulement cette doctrine a été soumise à une critique attentive qui lui a fait perdre une part de son crédit [1]. Il faut, du reste, distinguer soigneusement, dans cette théorie, deux points, la doctrine générale exposée au sujet de la constitution *Cunctos populos* et la solution particulière donnée par le *Consilium LIII* à la question de la communauté conjugale.

226) La question générale nous occupera d'abord. Dumoulin ne se préoccupe pas de justifier son principe. Il admet comme évident que dans les choses qui dépendent de la volonté, l'intention des parties doit seule être consultée, ce qui ramène le problème à une question de fait. Il s'agit là, d'après lui, moins de donner autorité à une coutume ou à un statut, que de reconnaître la force d'un

les opinions proposées à ce sujet, tenant pour incontestable la compétence de la coutume de la situation des biens. Même solution pour le douaire (t. I, p. 520) et (moins affirmativement cependant) pour le don mutuel (t. II, p. 863). Bouhier et Boullenois se montrent plus favorables aux doctrines nouvelles. Le premier (*Observations*, t. I, ch. XXI, n[os] 190 et 193) reconnait la prépondérance du consentement en matière de contrat, comme il l'a déjà reconnue en matière de communauté coutumière (*id.*, n[os] 18 et 23), mais il ne va pas jusqu'à l'appliquer à la prescription extinctive qui demeure soumise à la distinction traditionnelle des statuts (*id.*, chap. XXXV, n° 3). Le second est celui qui a défendu, à ce qu'il semble, de la façon la plus ferme la doctrine de Dumoulin. En matière de contrats en général, de communauté coutumière, de douaire, de donations, il ne faut pas donner compétence à une loi déterminée, mais consulter toujours l'intention des contractants. Le jurisconsulte ne fait exception que pour le cas où l'intention des parties se heurterait à une coutume prohibitive. Cette exception était, on le sait, déjà admise par Dumoulin (Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité*, t. II, tit. IV, ch. II, pp. 494 et suiv.).

[1] Il faut signaler surtout l'intéressant article publié à ce sujet par notre collègue M. Aubry dans le *Journal de droit international privé* (1896, pp. 465 et 721). Nous avons nous-même, dans une précédente étude, critiqué la doctrine de Dumoulin (Cl. 1894, pp. 941 et suiv.).

pacte tacite, base unique du droit des parties. Cela est juste, mais encore cela ne nous dit pas dans quelle mesure il est légitime de s'inspirer de l'intention des parties. Faut-il résoudre à l'aide d'inductions de cette sorte toutes les questions qui s'élèvent en matière de contrats ou seulement certaines d'entre elles? C'est sur ce point que le vice de cette doctrine s'est révélé. Conçue en termes trop généraux elle a poussé la jurisprudence et une part considérable de la doctrine à soumettre à la volonté des parties toutes les questions du domaine des contrats qui ne concernent pas la capacité des parties [1] et n'intéressent pas l'ordre public international. Ces deux restrictions sont les seules qu'admette ce parti à la règle posée par Dumoulin. Tout le reste se trouve soumis à l'empire de la volonté exprimée ou présumée des contractants. Et ce reste comprend nombre de dispositions légales d'un caractère obligatoire, lesquelles se trouvent, grâce à l'application de cette méthode, dépouillées de ce caractère dans les rapports internationaux. C'est ainsi que la volonté des parties exerce une influence prépondérante en matière de vices du consentement, de prescription libératoire, d'irrévocabilité des conventions matrimoniales, et sur quantité d'autres points de droit que le législateur a jugé bon de soustraire à l'action de la volonté des intéressés.

Ce résultat, notons-le immédiatement, est imputable bien moins à Dumoulin lui-même qu'à ses disciples, surtout à ses disciples de l'époque la plus voisine de nous et plus encore peut-être à Savigny qui, dans sa doctrine, a fait une part évidemment exagérée à l'influence de la volonté des parties. Les exemples donnés par le grand jurisconsulte français sont, en effet, fort corrects. Qu'il s'agisse d'un fonds vendu à tant la mesure ou d'un certain nombre d'arpents légués par un testateur, ou de fidéjusseurs tenus de la garantie d'éviction, ou encore de l'étendue des droits des parties, le jurisconsulte ne fait jamais application de

[1] Cf. Cass., 24 janvier 1899, Cl. 1901, p. 998.

son principe qu'à des matières qui dépendent effectivement de la volonté des intéressés et qu'il est juste, par suite, de régler conformément à cette volonté. Mais on est allé beaucoup plus loin depuis, jusqu'à faire de la loi d'autonomie le grand remède que, sauf les deux exceptions ci-dessus mentionnées, on applique à tous les cas de conflit qui se présentent.

227) Cette extension, considérée au point de vue des principes, est certainement illégitime[1]. Elle ne constitue, à la vérité, qu'un simple expédient impossible à justifier en raison et que l'on ne devrait se résigner à admettre qu'autant qu'en fait il serait impossible de s'en passer. On n'aperçoit pas, lorsque, dans un but de simplicité et pour se délivrer de questions gênantes, on se rapporte à la volonté des parties du choix à faire entre plusieurs lois obligatoires, que par ce détour on aboutit simplement à dépouiller ces lois de leur caractère de lois. Ces lois ont été faites par le législateur qui les a portées, impératives ou prohibitives. Il a entendu les investir d'une force certaine, opposable à toute volonté contraire des intéressés, et voici qu'en autorisant les particuliers à choisir entre elles, à leur fantaisie, on leur permet de se soustraire à une prohibition jugée gênante, d'esquiver l'effet d'un commandement déplaisant, bref, de se soustraire à l'empire du législateur. Pourquoi admettre cette faculté dans le commerce international, alors qu'elle n'existe pas dans les rapports des citoyens entre eux ? Il n'existe à cette différenciation aucune raison; bien plus, elle est contradictoire à l'objet du droit international.

[1] Il faut lire les excellentes observations présentées sur ce point par Charles Brocher (*Théorie du droit international privé*, 3e art., *R. D. I.*, 1872, pp. 189 et suiv.) et aussi la critique de de Bar (*Theorie und Praxis*, t. II, pp. 3 et suiv.). Cet auteur remarque fort justement qu'avant de se demander ce que les parties ont voulu, il faut savoir ce qu'elles ont pu vouloir, et ceci ne dépend pas d'elles-mêmes, mais de la loi qui régit en elles la faculté de s'obliger. V. également sur ce point Waechter, *Archiv*, t. II, pp. 35 et suiv.

Lorsque le législateur déclare une loi obligatoire, nous savons qu'il ne se décide à lui donner ce caractère ni par des motifs arbitraires, ni, à plus forte raison, par une interprétation de la volonté des particuliers qui en subiront l'application. La loi est faite obligatoire, parce que quelque nécessité sociale le veut ainsi. Elle représente un principe nécessaire, et précisément parce que ce principe est nécessaire, il faut que la règle légale soit placée au-dessus des volontés particulières. Ces raisons sont-elles moins justes et moins puissantes, lorsqu'il s'agit d'un rapport international, d'un rapport entre citoyens d'États différents, par exemple, que dans le cas où l'acte juridique est passé entre concitoyens ? En aucune façon. Dans notre hypothèse, il est vrai, on peut éprouver certains doutes sur la détermination de la loi compétente, parce que plusieurs lois sont en présence, qui paraissent toutes avoir des titres à remplir cette fonction, mais ce qui demeure très certain, c'est que la loi dont il s'agit ne serait plus une véritable loi, si l'on permettait aux intéressés de s'affranchir à leur gré de son application. Que les parties repoussent, grâce à cette liberté, une loi qui était, à leur égard, compétente ou qu'elles se soumettent à l'autorité d'une loi incompétente par rapport à elles, cela est également contraire à la nature obligatoire de la loi qui ne souffre pas que les volontés particulières tracent les limites de son domaine.

Une semblable tolérance est surtout à condamner, parce qu'elle va à l'encontre de l'objet de notre science. Le droit international privé a pour objet d'étendre l'action du droit aux relations internationales d'ordre privé. Or rendre facultative une règle obligatoire, c'est agir directement en sens contraire, c'est briser l'action du droit au lieu de la mesurer, c'est avouer l'impuissance de la science juridique internationale.

On conçoit qu'un tel sacrifice est de ceux auxquels on ne se résigne que sous l'empire d'une nécessité absolue. Cette nécessité existe-t-elle et ce sacrifice est-il néces-

saire? C'est ce que nous rechercherons en examinant quelle est, dans ce domaine, la loi compétente.

228) Ici donc une première conclusion s'impose à nous. Le principe de Dumoulin est légitime, mais seulement dans son application aux conflits entre lois facultatives. Au delà, quand il s'agit de lois d'un caractère obligatoire, il perd toute raison d'être et devient rationnellement incompétent[1].

Même réduit ainsi à ses proportions normales, le domaine de la loi d'autonomie de la volonté est encore très grand. Il comprend dans les contrats tout ce qui, en droit intérieur, est du ressort de l'interprétation des conventions, dans les testaments, tout ce qui concerne la dévolution de l'hérédité disponible. On sait, en effet, que les formes auxquelles est liée la régularité des dispositions de dernière volonté étant remplies, on ne s'occupe plus d'autre chose que de la volonté du testateur.

229) Dans ce domaine se présentent alors les questions secondaires dégagées au début de ce chapitre. Comment doit être interprétée la volonté des parties? Si elles ont exprimé leurs intentions, nul doute n'existe, mais ce cas est le plus rare. En général, des personnes, lorsqu'elles contractent, ne soupçonnent pas qu'un conflit puisse naître des stipulations arrêtées par elles. Elles ne nomment pas la loi à laquelle elles ont entendu se soumettre. Il faut donc que le juge supplée à leur silence. De quelles présomptions s'aidera-t-il dans l'accomplissement de sa

[1] A quelle loi s'adresser pour savoir si un certain droit rentre ou ne rentre pas dans le domaine de l'autonomie des contractants? Waechter, qui pose la question (*Archiv*, II, p. 36), veut que l'on applique la loi aux règles impératives de laquelle le rapport est soumis, et à l'exemple qu'il donne ensuite, il semble que cette loi soit pour lui la *lex fori*. Nous répondrons à la même question en disant que l'autonomie n'existera juridiquement que si le caractère facultatif de la loi dont il s'agit est conforme soit au statut personnel des parties intéressées, soit aux lois d'ordre public applicables au rapport qu'elles ont formé.

tâche? Les auteurs, suivant en cela l'exemple que Dumoulin lui-même leur a donné, ont mis une grande application à cette question, séparant les hypothèses, échafaudant les présomptions d'après leur degré plus ou moins grand de probabilité. C'est bien là, comme le disait Dumoulin, une question de fait : aussi n'est-il pas nécessaire de la traiter ici. Que l'on considère comme compétente la loi de la patrie des intéressés ou celle de leur domicile, la loi du lieu de formation du contrat ou celle du lieu de son exécution, on décide toujours par interprétation de l'intention des parties. Les principes n'ont rien à gagner ni à perdre à l'adoption de l'une ou l'autre des solutions possibles de ces sortes de questions.

Il faut cependant présenter à ce propos certaines observations.

230) 1° La liberté des parties, quoique fort étendue en ces régions, n'est pas illimitée. L'appréciation du juge ne l'est pas davantage. Ainsi on ne saurait admettre par interprétation que les parties à un contrat aient entendu se soumettre chacune à une loi différente. Il est possible et même fréquent que la liberté des diverses personnes parties à un même acte juridique soit limitée par des lois différentes, mais ce que l'on ne peut pas admettre c'est que, dans la mesure où cette liberté existe, elle puisse conduire à l'application simultanée de deux ou plusieurs lois. Tout contrat est une petite loi spéciale aux parties en cause, loi commune parce qu'elle correspond à des intérêts communs, commune aussi parce que dans un rapport d'obligation il est impossible de séparer la condition juridique du créancier de celle du débiteur. Voilà donc une première limite qu'il faut mettre à l'appréciation du juge, limite condamnant toutes les solutions qui pourraient avoir pour conséquence de soumettre les parties à un contrat, à un régime juridique différent.

231) 2° On a coutume de dire que le juge doit, en cette matière, se pénétrer de l'intention des parties et faire pré-

valoir la loi qu'elles ont tacitement adoptée. Il y a peut-être exagération à parler de l'adoption tacite de telle loi ou de telle autre, au moins quand l'intention des parties ne se manifeste pas par quelque particularité de leur contrat. La vérité est que les parties n'ont rien voulu du tout, qu'elles n'ont même pas songé à la question. Le juge doit donc choisir à leur place le parti le plus naturel pour elles, la loi qu'elles auraient vraisemblablement acceptée si elles avaient songé à la question. Pour cela il devra limiter son choix aux lois que les intéressés pouvaient connaître et auxquelles ils pouvaient se référer au moment de leur contrat. Ce qui est inadmissible c'est que, par interprétation de leur volonté, on les soumette à une loi qu'ils ne pouvaient pas connaître, parce qu'elle n'était pas déterminée à l'époque de la formation de l'obligation. Cette raison tend à donner l'avantage à la loi du lieu de formation du contrat sur la loi du lieu d'exécution ; au moins lorsque ce dernier n'a pas été fixé par les parties elles-mêmes en contractant, et la doctrine actuelle nous paraît bien inspirée lorsqu'elle prend parti sur ce point contre les idées de Savigny.

La même raison rend difficilement acceptable la distinction classique des effets et des suites, les premiers prévus lors du contrat et devant être régis par la loi du contrat, les secondes imprévues et soumises à la loi du lieu où elles se produisent. Cette distinction est pourtant d'une antiquité fort vénérable — elle remonte à Bartole — et les suffrages importants ne lui manquent pas. Les auteurs qui l'adoptent n'aperçoivent pas qu'ils deviennent infidèles à leur principe et, cédant à une pente bien naturelle, proclament indûment une loi de compétence obligatoire. Il est impossible, en effet, de prêter aux auteurs d'un contrat la prescience d'un fait imprévu et la connaissance du lieu où il se produira, s'il vient à se produire. C'est donc en vertu d'un rapport naturel que l'on prétend défendre la compétence de la loi de ce lieu, et, en le faisant, on déserte le principe de l'interprétation, la loi de l'autonomie, pour

donner la préférence à des raisons tirées du fond du droit. En toute autre matière cette méthode serait recommandable. Ici on ne saurait l'accepter.

232) 3° Dans cette matière purement d'interprétation la loi du domicile paraît appelée à jouer un rôle important lorsque les parties ont un domicile commun. Je ne serais pas éloigné, pour ma part, à lui accorder le premier rang que l'on donne d'habitude à la loi nationale. Même lorsque les personnes dont il s'agit ont une patrie commune, il paraît plus naturel de leur prêter l'intention de soumettre leurs accords à la loi de leur domicile commun. Cette loi est plus près d'elles, elles la connaissent mieux, elle convient plus complètement aux affaires qu'elles traitent ensemble. On remarquera que nous donnons ici une importance décisive à des raisons que nous négligions, lorsqu'il s'agissait de déterminer le statut personnel. C'est que la question n'est plus du tout la même. Alors il s'agissait de décider quelle loi doit s'appliquer et il fallait mesurer la solidité des prétentions respectives des souverainetés en présence. Ici la question a changé. Nous sommes dans le domaine abandonné par le législateur lui-même à l'autonomie des intéressés. L'État n'a aucun intérêt à voir triompher une solution plutôt qu'une autre; il s'agit purement et simplement de savoir ce que les parties ont voulu. On comprend dès lors que des raisons totalement inefficaces lorsqu'il était question des droits respectifs des États, deviennent décisives maintenant qu'il faut définir la volonté de simples particuliers.

233) 4° Il est utile enfin que dans le silence de la convention la doctrine et la pratique édifient un système de présomptions fixes. On dit souvent qu'en matière d'interprétation de volonté, il ne peut pas y avoir de règle fixe, que tout dépend des circonstances. Il y a du vrai et du faux dans cette façon d'envisager les choses. Il est vrai que lorsque quelque marque particulière empruntée à l'acte

juridique permet de déterminer la législation que les parties ont entendu adopter, cette législation doit être suivie, mais généralement il n'en est pas ainsi, le contrat, l'acte juridique ne contient rien qui puisse éclairer le juge et il paraît certain que les parties contractanctes n'ont pas songé un instant à la question. En pareil cas il est très utile que les tribunaux s'attachent à certaines présomptions fixes, telles, par exemple, que celle qui donne autorité à la loi du lieu de formation du contrat. Il le faut, parce que les intérêts particuliers demandent avant tout à être régis par une loi fixe connue des intéressés et sur l'application de laquelle ils peuvent compter. Ce besoin est le premier de tous ; on le méconnaît quand on dit simplement que les tribunaux décideront d'après les circonstances. Faudra-t-il que les parties se fassent un procès pour connaître la loi qui les régit ? Seront-elles exposées, si leurs intérêts sont portés à deux reprises à la barre des tribunaux, à voir les juges leur faire chaque fois l'application d'une loi différente ? Ces inconvénients sont inévitables, si l'on se borne à recommander aux juges de décider suivant les circonstances ; il faut donc une autre méthode plus générale, plus sûre. On la trouvera en s'attachant à l'intérêt des parties plutôt qu'aux inductions fort incertaines que l'on tire des faits qui ont accompagné leur contrat.

234) Cette doctrine, tout entière fondée sur le respect que mérite la volonté des parties, est incontestable, lorsque l'on se borne à l'appliquer à la sphère laissée à la liberté de l'homme par la législation intérieure : au delà elle perd toute légitimité. L'extension abusive dont elle a été l'objet tient surtout à l'embarras des jurisconsultes ; elle tient aussi, pour une part, au prestige de ce mot d'autonomie. Il semble que la faculté que possède la volonté humaine de découvrir, d'analyser, de peser les motifs de ses déterminations, est tellement essentielle qu'elle rejette au second plan l'autorité de la loi dans toutes les matières qui concernent les intérêts patrimoniaux de la personne. De

là cette distinction du droit public et du droit privé énoncée par Dumoulin et développée surtout par Laurent[1], distinction à l'aide de laquelle on peut donner au principe d'autonomie une autorité à peu près illimitée.

Il y a là une confusion évidente entre la notion philosophique de liberté qui ne connaît d'autres bornes que les conditions inéluctables de notre existence physique et la notion civile et sociale de cette même liberté, laquelle est restreinte en outre, et dans une large mesure, par les conditions d'existence de la société. Lorsque notre code civil (art. 1134) pose le principe que les conventions font la loi des parties, il prend soin de spécifier et de parler des conventions légalement formées, marquant ainsi cette vérité que la liberté laissée aux individus dans la gestion de leurs intérêts ne saurait être en aucun cas supérieure à l'autorité de la loi.

235) Quelles seront, dès lors, les limites rationnelles du principe d'autonomie dans l'ordre des rapports internationaux ? Ces limites nous seront fournies par la nécessité de respecter l'autorité de la loi compétente, de la loi qui doit s'appliquer dans chaque cas au rapport de droit en question. Chaque fois que le principe d'autonomie viendra se heurter à la disposition impérative ou prohibitive d'une loi applicable à la cause, il devra céder et disparaître, car il n'existe que sous réserve du respect de l'autorité légitime de la loi.

L'application de ce principe ne fait pas de difficulté lorsqu'il s'agit de sauvegarder l'influence des lois d'ordre public. Déjà Dumoulin reconnaissait que la toute-puissance de la volonté devait s'effacer en présence de lois

[1] Laurent, *Droit civil international*, t. II, pp. 343 et suiv. La distinction susdite est présentée par Laurent dans le but de fonder la compétence de la loi nationale, mais en réalité elle porte beaucoup plus loin. Si les droits privés ne concernaient pas la souveraineté de l'État (comme le prétend Laurent), il n'existerait aucune raison de donner aux lois dont ils sont l'objet un caractère impératif.

nettement prohibitives. L'expression ne s'est pas maintenue, mais la pensée a subsisté : elle se traduit de nos jours par la nécessité universellement reconnue de faire céder les convenances particulières devant les exigences de l'ordre public. Personne n'hésitera, par suite, à décider que l'on ne saurait s'aider de la tolérance plus grande d'une loi étrangère pour conclure un contrat jugé, dans le pays où il est fait, contraire à la morale ou à l'ordre public. Ainsi, des étrangers ne seraient pas reçus chez nous à invoquer la force obligatoire d'une simple promesse de mariage ou d'un louage de services conclu pour la vie entière de son auteur, ou d'un pacte stipulant des intérêts usuraires, etc. La règle n'est pas douteuse. La seule difficulté qu'elle présente tient à la détermination exacte des lois concernant l'ordre public. Cette difficulté n'a, du reste, rien de particulier à la matière des contrats.

236) Sur ce point donc l'autorité des principes s'est bien maintenue, apparemment parce qu'il aurait paru scandaleux et antisocial de la sacrifier. Il en a été autrement pour les lois de protection individuelle dont l'importance sociale est moins frappante. Dans ce domaine l'autorité des lois de capacité a été préservée seule. Elles ont un nom qui leur est propre, semblent former une classe à part, et l'on peut, à la grande rigueur, soutenir que les lois sur la capacité contractuelle ne font pas partie des lois sur les contrats. Mais, à cette exception près, toutes les lois obligatoires concernant les contrats qui ne sont pas visiblement inspirées par des motifs d'ordre public voient leur application mesurée par la règle de l'autonomie de la volonté[1]. Il arrive ainsi que nombre de règles que les parties ne peuvent pas transgresser dans le commerce intérieur perdent, pour les mêmes personnes, leur autorité

[1] On trouvera notamment l'exposé de cette doctrine, qui est particulièrement celle de l'école italienne, dans Weiss, *Traité théorique et pratique,* t. IV, pp. 321 et suiv.

dans le commerce international et n'y sont plus appliquées qu'en vertu de la volonté expresse ou présumée des contractants. Nous citerons comme exemple les lois sur les vices du consentement, sur le caractère civil ou simplement naturel de l'obligation, sur la responsabilité en cas d'inexécution. sur la remise de dette, sur la prescription extinctive, etc.

Il faut repousser sans hésitation la doctrine qui résout de semblables conflits au moyen d'inductions tirées de la volonté des parties. Qu'elle soit l'expression d'une simple tendance[1] ou d'une doctrine arrêtée, elle est également injuste. A ceux qui préconisent cette tendance il faut répondre qu'elle ne serait légitime qu'autant que l'application des principes serait impossible, ce qu'ils ne démontrent nullement; aux partisans décidés de l'autonomie, on objectera que rien ne les autorise à dépouiller des lois de leur caractère obligatoire. Leur opinion est de celles qui ne supportent même pas la discussion, car, sous prétexte de donner aux lois leur compétence naturelle, elle les prive de leur caractère de lois véritables, ce qui est pire, on l'avouera, que la plus imparfaite des solutions posibles du problème[2].

[1] Chausse, *Du rôle international du domicile,* Cl. 1897, pp. 5 et suiv.

[2] Citons, à ce sujet, un exemple particulièrement frappant La jurisprudence a plusieurs fois décidé que la valeur des clauses de non-responsabilité insérées dans un contrat de transport international dépendait de la loi expressément ou présomptivement adoptée par les parties. Rien ne va plus directement à l'encontre du but de ces clauses qu'une semblable jurisprudence. Lorsqu'un législateur décide que le transporteur ne pourra pas s'exonérer d'une certaine responsabilité, il interdit par là même toute convention ayant pour objet une semblable exonération. Il est donc contradictoire de permettre aux intéressés de rendre ces clauses valables en se soumettant à l'empire d'une loi qui les autorise. La compétence internationale des règles de cette espèce est, comme on l'a vu, assez difficile à déterminer, mais une chose est tout à fait certaine, c'est que leur application ne peut pas dépendre de la volonté des parties. Or c'est ce que la jurisprudence a fréquemment décidé (v. l'argumentation du juge Turner dans *The Peninsular*, v. *Shand* rapporté par Westlake, *Private international law*, p. 255 ; add. Cass., 23 février 1864, S., 1864-1-385, et Cour de La Haye, 17 mai 1897, Cl. 99, p. 420).

Si donc on est conduit à adopter les solutions préconisées par cette doctrine et à reconnaître la compétence de la loi suivant laquelle on interprète les intentions des parties, loi du lieu de formation, par exemple, ou loi du lieu de son exécution, ce ne sera pas, en tout cas, par application du principe d'autonomie qui n'a rien à faire ici, ce ne pourra être que par application de quelque loi obligatoire de compétence qu'il faudra alors découvrir.

237) Voici donc en quels termes se présente le grave problème qui va maintenant nous occuper : à quelles lois générales de compétence sont soumises, en matière de contrats, les lois obligatoires qui ne concernent ni la forme des actes, ni la capacité, ni l'ordre public ?

Cette question est très vaste, comme est très grande la place donnée dans les diverses législations aux contrats. Elle embrasse à la fois la théorie générale des contrats et ces nombreux contrats spéciaux que le législateur juge dignes, à raison de leur fréquence, d'une réglementation législative. Dans une semblable masse de dispositions légales les dissemblances seront nombreuses et les conflits fréquents. Cela est inévitable. Il ne faut cependant rien exagérer, car on peut remarquer qu'en matière de contrats les occasions de conflit sont moins nombreuses qu'on ne pourrait s'y attendre. La rareté relative des décisions judiciaires sur ce point en est une preuve manifeste[1]. A quoi rapporter ce phénomène ? Sans aucun doute à la parenté très proche des dispositions législatives des divers États sur ce point. La notion de contrat existe partout et se compose partout au fond des mêmes éléments, quoi-

[1] Les questions discutées au texte n'ont pas eu jusqu'ici une importance pratique comparable à leur importance théorique. On peut citer un jugement de Versailles relatif à la rescision pour lésion (3 août 1893, Cl. 94, p. 544), un certain nombre de décisions relatives à la prescription libératoire (v. Despagnet, *Précis*, p. 619, n. 2, et Cl. 1903, p. 138). Au contraire, en matière de contrat de mariage et de donations entre époux, les arrêts deviennent beaucoup plus nombreux.

qu'on puisse disputer sur la terminologie qu'on leur applique. De même les contrats spéciaux prévus et réglementés par la loi se retrouvent partout sous le même nom, avec la même nature. Une vente, un louage, un mandat sont des contrats qui créent en tout pays des rapports fort analogues. Ce parallélisme sensible des diverses législations vient surtout de l'identité des besoins des hommes vivant en société et parvenus à un degré à peu près égal de civilisation. Dans ce domaine des intérêts pécuniaires, l'identité des besoins et l'analogie des désirs secondées par l'action laissée à la libre volonté de chacun ont abouti à certaines combinaisons d'un usage incessant, qui revêtent partout la même forme, simplement parce que cette forme est celle qui correspond le mieux aux exigences des intérêts particuliers en présence. Il n'y a pas de vente sans une chose et un prix. Ce principe est reconnu partout, parce qu'il repose sur des raisons économiques absolument décisives. Il en est ainsi de la plupart des règles que l'on retrouve dans les contrats les plus usuels. De là leur universalité.

Un autre facteur ne doit pas être oublié cependant, car son influence a été grande, c'est le droit romain de Justinien qui a étendu, par l'intermédiaire des Universités, son influence sur l'Europe tout entière. Bien que les catégories des Institutes nous soient devenues étrangères, nous reconnaissons facilement l'influence du droit romain soit sur la théorie générale des contrats, soit sur les contrats particuliers. A des règles qui résultaient de nécessités sociales inéluctables, le droit romain a donné, après certains tâtonnements, leur formule définitive. Peut-être cette formule n'est-elle plus dans notre société actuelle pleinement satisfaisante. On la respecte cependant et l'on craint de s'en écarter. Nous rencontrons donc ici, dans le droit, un fonds commun considérable qui réduit d'autant l'espace laissé aux conflits. Ceux-ci demeurent fréquents ; sans cette circonstance ils seraient innombrables. Quelques-unes de ces questions sont très connues ; ce sont celles que nous

avons citées plus haut. D'autres, qui sont relatives aux dérogations apportées, pour des raisons d'ordre public, à la liberté des parties, sont également classiques. Nous les avons déjà examinées. Ces questions sont loin d'être les seules qui puissent se présenter. Beaucoup d'autres conflits sont possibles, moins touchant les questions générales que sur des points spéciaux, où la liberté des divers législateurs reprend ses droits.

238) Comment déterminera-t-on la loi compétente? Si l'on applique les principes de la doctrine que nous croyons juste, on sera porté à comprendre les lois impératives ou prohibitives dont il s'agit dans le domaine du statut personnel. On se rappelle, en effet, que les prescriptions en question n'ont point été établies pour des raisons d'ordre public et l'on est par là même fondé à en conclure qu'elles visent la protection des intérêts propres aux personnes qui ont été parties au contrat.

Ce raisonnement pourtant n'apparaît pas ici avec le même caractère d'évidence qui lui appartient en d'autres matières, lorsqu'il s'agit de la capacité de la personne, par exemple, ou encore en matière de donations. Lorsqu'un législateur met des bornes à la faculté qu'a une personne, du reste maîtresse de ses droits, de se dépouiller, il saute aux yeux que c'est dans l'intérêt de cette personne qu'il agit, qu'il la protège, qu'il lui épargne des résolutions regrettables à tous les points de vue. La compétence de la loi nationale dès lors ne paraît pas douteuse [1].

[1] Cette considération suffit à décider de la question très controversée de la portée internationale des art. 1394 et 1395 touchant l'immutabilité des conventions matrimoniales. Personne ne doute que ces articles n'aient été écrits pour empêcher l'un des conjoints d'abuser de son influence sur l'autre pour se faire consentir par ce dernier des modifications au régime adopté par eux. C'est essentiellement une mesure de protection du ressort de la loi personnelle des époux. Cependant la jurisprudence juge cette question d'après la loi à laquelle les époux se sont soumis.

Ici la question est plus complexe. Ce n'est pas qu'au fond des dispositions dont il s'agit on ne discerne pas aussi l'idée de protection, mais cette idée ne conserve une certaine amplitude que dans la théorie générale des contrats ; dans les contrats particuliers elle ne se produit au dehors que par le moyen de phénomènes partiels et, en quelque sorte, instantanés. Ce n'est que par rapport à un acte déterminé et à un certain point de vue seulement, que la personne est encore protégée. Le caractère permanent des lois de capacité (type des lois de protection) n'est plus aussi apparent, et l'on peut se demander s'il convient de maintenir, même dans ce cas, la compétence du statut personnel.

En fait, les rares jurisconsultes qui aient osé s'aventurer dans ce chemin raboteux et malaisé sont des partisans de Savigny, qui utilisent en la matière la notion du statut de l'acte juridique, séparé par leur maître du statut particulier à la personne et par eux-mêmes du statut commandé par des raisons d'ordre public. Ils gagnent à cette méthode d'établir plus d'unité dans la loi applicable aux contrats [1] (elle ne variera pas d'après le domicile ou la nationalité des parties en cause) et aussi une liberté plus grande dans la détermination de la loi compétente pour chaque cas particulier. Théoriquement, cette partie du système de Savigny ne se soutient pas. Une personne qui entre dans un rapport de droit ne cesse pas pour cela d'être la même personne sujette aux mêmes faiblesses,

[1] Encore ne faut-il rien exagérer à ce point de vue. Si l'admission d'un statut des actes juridiques a l'avantage de soumettre à l'empire d'une loi unique l'acte principal générateur des droits des parties, elle a, par contre, l'inconvénient de faire régir par une loi différente les actes secondaires intervenant en vue de compléter ou de modifier le premier. Un cautionnement aura logiquement son statut particulier indépendant du statut de l'obligation principale, une confirmation, une ratification, consenties dans un pays autre que celui où l'obligation principale a été contractée, obéiront à une loi différente. Ceci montre qu'aucune théorie ne peut aboutir en matière de contrats à une simplicité véritable.

souffrant des mèmes défauts, ayant le même besoin de la protection de la loi. On doit, en outre, observer que si la loi règle la condition de la personne, c'est précisément en vue des actes juridiques que celle-ci accomplira, de telle sorte que la constitution d'un statut des actes juridiques à côté du statut de la personne apparaît presque comme un non-sens [1].

239) Mais ces considérations n'épuisent pas la question et il faut encore se demander si des raisons d'opportunité ou même de nécessité ne commandent pas ici une déviation des principes semblable à celle que représente, dans un autre ordre d'idées, la règle *locus regit actum*. En plaçant la question sur ce terrain on a l'avantage de se rapprocher des origines de notre science. Les anciens jurisconsultes, on le sait, étendaient la compétence de la loi du lieu où le contrat est passé à la fois au fond du droit et à la forme et même à celui-là plus décidément qu'à celle-ci. Ne conviendrait-il pas de revenir purement et simplement à leur doctrine ?

La question est digne d'une mûre réflexion. Je crois cependant que, même à ce point de vue de l'utilité pratique, il vaut encore mieux conserver aux principes leur autorité. Adopter ici la compétence exclusive de la loi du lieu de formation du contrat, comme le faisaient nos anciens auteurs et comme le fait volontiers encore la jurisprudence, ce n'est pas (nous le savons) assurer dans tous les cas l'unité de la loi compétente. Dans tous les cas où le *negotium*

[1] On peut faire ici un rapprochement utile. La matière des incapacités appartient sans doute au statut personnel, celle des vices du consentement au statut des faits juridiques, pour ceux qui reconnaissent l'existence de ce dernier statut. Or n'est-il pas évident que l'une et l'autre ont une nature identique et poursuivent le même but ? Qu'il s'agisse de protéger une personne contre l'infirmité de son âge ou contre le dol dont elle peut être la victime, l'objet de la loi n'en est pas moins de prévenir les conséquences de la faiblesse de cette personne, et le soin de fixer la mesure de la protection dont elle a besoin ne peut revenir qu'au législateur qui a la tutelle de ses intérêts privés.

juris suppose la réaction de deux obligations l'une sur l'autre (comme en matière de compensation, de confusion, de subrogation, de cautionnement, etc.), il suffit que les obligations dont il s'agit aient été conclues en des lieux différents, pour que les inconvénients dont on se plaint se reproduisent. Puis cette compétence manque par trop de raison d'être lorsque les parties ont contracté hors du lieu où elles sont établies[1].

En matière de formes il en est autrement. Il faut que les parties donnent une réalité extérieure à leur acte juridique ; leur permettre de se conformer dans tous les cas à la loi du lieu où l'acte est passé, c'est leur garantir la possibilité de faire l'acte en tout lieu, c'est, en d'autres termes, sauvegarder leur liberté en leur assurant, dans tous les pays où elles ont la jouissance d'un droit, les moyens pratiques de l'exercer[2]. Mais les règles obligatoires qui se réfèrent au fond du droit ont une tout autre portée. Il ne s'agit plus de contrôler et de conserver l'expression de la volonté des parties. Le législateur va plus loin, il limite le domaine laissé à la volonté libre des particuliers. En cela il pose des règles absolues, dont il est important de maintenir la compétence naturelle.

[1] Nous touchons ici à un point où il semble bien que notre méthode apporte un peu plus de lumière à la discussion. Dans cette question de conflit, comme dans toutes les autres, il s'agit de savoir quel est l'État qui a le plus grand intérêt à voir sa loi appliquée au rapport de droit. Or l'État sur le territoire duquel l'acte est fait, lorsque les parties ne se rattachent à lui par aucun lien juridique et que les biens objets du contrat sont situés à l'étranger, n'a aucun intérêt visible à faire régir par ses propres lois le susdit contrat. Ou plutôt il a un intérêt, et un seul, c'est que son ordre public ne soit pas troublé par cet acte juridique. Mais précisément il s'agit, par hypothèse, ici de lois qui ne concernent pas l'ordre public local.

[2] Loin de pouvoir assimiler le fond et la forme, on est en droit de dire qu'il existe entre eux une véritable opposition. Refuser aux parties le droit de faire un acte suivant les formes autorisées par la loi du lieu où elles se trouvent aboutirait à les priver bien souvent, dans le commerce international, de droits dont elles jouiraient sans conteste chez elles : leur permettre de conformer à la *lex loci actus* les conditions de fond de leurs actes serait, au contraire, leur permettre de passer valablement à l'étranger des actes qui leur seraient interdits dans leur patrie.

Toutes les fois qu'un législateur décide que ses ressortissants ne pourront pas faire un certain contrat ou qu'ils ne pourront le faire que sous certaines conditions ou avec certaines restrictions, il statue sur un point particulier rentrant dans la question de savoir dans quelle mesure existe, au profit des particuliers, le principe de l'autonomie de la volonté. Personne n'est plus qualifié, ni mieux placé que le législateur national pour résoudre une semblable question.

240) Il faut convenir que cette solution n'a eu, jusqu'ici, l'adhésion ni de la pratique, ni de la doctrine. La jurisprudence n'hésite pas à consacrer la vertu du principe d'autonomie bien au delà du cadre tracé par la loi intérieure à la volonté des parties. La doctrine, elle, ne tombe pas toujours dans cette erreur. Ceux de ses représentants qui n'ont pas pris le parti plus prudent de fuir ces dangereuses questions ont préféré, comme on l'a vu, se rallier à la doctrine du statut de l'acte juridique qui a le mérite de leur laisser une liberté plus grande. Il n'est pas téméraire d'affirmer que cette voie les conduit à une inextricable confusion. Sous le nom de statut du fait juridique on peut également faire prévaloir quantité de statuts différents. Loi nationale, loi du domicile, lois du lieu de formation du contrat ou du lieu de son exécution, loi de la situation de l'objet, *lex fori*, il n'en est aucune qui ne puisse, à l'occasion, être qualifiée du nom de statut du fait juridique. Le tout est de choisir entre elles, et l'examen des doctrines issues de ce système montre suffisamment que nulle règle fixe ne saurait présider à ce choix [1].

[1] C'est ce que met hors de doute l'examen des doctrines de Brocher (*Droit civil*, t. II, pp. 63 et suiv.) et de Rolin (*Principes*, t. II, pp. 465 et suiv.). Il faut remarquer à ce sujet que Brocher n'appuie sa préférence pour la loi du lieu où l'acte est fait, que sur des raisons de pure convenance et sur les inconvénients pratiques que soulèverait l'application de toute autre loi. Cela n'est pas d'une saine méthode, car la question est ici encore de savoir quel est l'État qui a le droit d'étendre sa souve-

Il est donc permis de penser que le grand intérêt de la sûreté du droit milite ici en faveur du respect des principes. C'est bien un intérêt pratique, susceptible d'être mis en balance avec les intérêts du même ordre dont se recommande l'opinion opposée.

241) Il convient de résumer notre doctrine et d'indiquer quelles sont les lois compétentes en matière de contrats. Plusieurs aspects sont à distinguer ici, et le soin de séparer parmi les dispositions législatives celles qui appartiennent à l'une des catégories de celles qui rentrent dans les autres n'est pas une des moindres difficultés de la matière.

Tout d'abord les contrats sont soumis à la volonté des parties contractantes. Dans la mesure où leur liberté existe, les parties font elles-mêmes la loi de leur contrat, choisissant entre les lois interprétatives écrites celle qui s'accommode le mieux à leurs intérêts ou fabriquant de toutes pièces, si elles le préfèrent, les dispositions qui serviront de réglementation à leurs intérêts. Mais cette liberté n'existe (on ne saurait trop le répéter) que dans la mesure où elle ne se heurte pas à des lois obligatoires compétentes dans le cas particulier dont il s'agit.

L'appréciation de cette liberté impliquera fréquemment le point de savoir si une certaine loi est facultative ou obligatoire, question que la jurisprudence intérieure de chaque État servira à décider. Nous observerons que l'on doit ranger parmi les lois interprétatives, non seulement celles qui réservent formellement l'action de la volonté des parties, mais toutes celles auxquelles dans l'opinion commune on peut déroger. La loi n'est, dans ce cas, qu'un modèle de convention écrit par le législateur pour aider les parties contractantes et non pas pour les contraindre. Les dispositions de ce genre sont les plus nom-

raineté aux rapports de cet ordre. De simples motifs de convenance ne peuvent évidemment pas décider d'une question semblable.

breuses de toutes en matière d'obligations. Nous citerons, à titre d'exemple, la matière des dommages-intérêts dus en cas d'inexécution (réserve faite de l'influence de dol et de la faute lourde), la condition résolutoire tacite consacrée chez nous par l'art. 1184 du code civil, la clause pénale, la garantie dans la vente (sauf peut-être la garantie du fait personnel), les droits du locataire envers le bailleur[1] et réciproquement, etc., etc. Il serait ridicule de vouloir tenter ici une énumération, mais on peut dire qu'en général ce qui concerne l'effet des obligations entre les parties contractantes appartient à ce domaine, alors que, au contraire, ce qui est relatif à la formation du contrat ou à son effet à l'égard des tiers tombe plus ordinairement dans le ressort des lois obligatoires.

242) La seconde catégorie des lois à mentionner embrasse les règles relatives à la forme du contrat. Nous aurons à en dire quelques mots plus loin.

243) Une troisième et très importante catégorie comprend les lois d'ordre public. Elles ont été étudiées séparément. Il est utile cependant de faire encore une observation à cet égard. Les lois d'ordre public sont, en matière de contrat, beaucoup plus nombreuses que l'on ne s'en douterait en consultant les ouvrages des publicistes. Ceux-ci ont été surtout attirés par les limitations que des raisons d'ordre politique ou moral peuvent commander et leur ont emprunté les exemples qu'ils donnent de semblables limitations. Ce serait une grosse erreur de croire que l'influence de l'ordre public se borne ici à proscrire les prêts usuraires ou les pactes sur succession future ou peut-être encore les associations entre contrebandiers

[1] Au contraire, les droits du locataire à l'égard des tiers tombent sous le coup de la loi territoriale compétente, qui est sans doute la loi de la situation du bien loué.

formées au détriment d'un État étranger [1]. En dehors de ces exemples et de tous ceux qui leur sont plus ou moins analogues, certaines matières sont tout entières dominées par la considération de l'ordre public. Nous citerons comme applications certaines matières relatives à l'exécution des obligations (le terme de grâce, par exemple, ou encore le choix de la monnaie au moyen de laquelle le paiement doit être fait) et surtout les lois obligatoires émises dans l'intérêt du crédit public. Celles-ci, en particulier, sont très nombreuses et comprennent notamment l'effet des conventions sur la propriété mobilière ou immobilière en tant que cet effet est opposable aux tiers, les modes de libération indépendants de l'acquittement de l'obligation, tant par rapport au débiteur principal qu'à ses coobligés ou cautions [2] (remise du titre, certaines prescriptions extinctives, les modes de libération propres à la caution) et aussi les questions intéressant directement

[1] On connaît la question très discutée de la validité des contrats relatifs à la contrebande, lorsqu'elle doit être pratiquée au détriment d'un État étranger. Chez nous, une jurisprudence déjà ancienne les a consacrés (Pau, 11 juillet 1834, S., 1835-1-673). Elle est fort attaquée par la doctrine et rejetée, à ce qu'il semble, en Allemagne (Oberlandesgericht de Stuttgard, 25 septembre 1891, Cl. 1894, p. 896). Cette dernière opinion, la meilleure, sans aucun doute, est généralement justifiée par des considérations de moralité. Ne serait-il pas plus simple et plus topique de la baser sur le respect que doivent mutuellement les États à leur souveraineté respective ?

[2] A ce sujet appartient une question fort importante et fort discutée de droit maritime : quelle est la portée internationale de la règle de l'article 217, code com., autorisant le propriétaire du navire à se libérer de toute responsabilité à raison des actes du capitaine par l'abandon du navire et du fret (on sait qu'il y a opposition sur ce point entre la législation anglaise et la nôtre). Notre savant collègue, M. Lyon-Caen, voudrait appliquer la loi du pavillon (*Études de dr. int privé maritime préc.*, et note sous Cass., 18 juillet 1895, S., 95-1-305), parce que c'est à cette loi que les intéressés se sont vraisemblablement référés. Cette raison nous toucherait s'il s'agissait d'une règle de droit qu'il fût loisible aux parties d'accepter ou de rejeter à leur gré. Mais il n'en est pas ainsi. Cette loi est rigoureusement obligatoire, et comme elle concerne un mode exceptionnel de libération, la jurisprudence française a raison de trancher le conflit par l'application de la *lex fori*. Cette solution est également admise par la jurisprudence anglaise (Dicey, *Digest*, pp. 663 et suiv.).

le crédit public, comme celle du cours forcé donné parfois à la monnaie fiduciaire. Toutes les lois de cet ordre sont territoriales. Nous avons examiné dans le chapitre précédent les difficultés que peut rencontrer dans ce domaine la recherche de la loi compétente.

244) Enfin, en dernier lieu, viennent les lois obligatoires écrites dans l'intérêt particulier et pour la protection des parties contractantes, lois que nous considérons comme soumises au principe international de la compétence de la loi nationale.

A quelles lois s'applique ce principe de compétence ?

Il paraît très difficile de donner de cette catégorie une définition ou même une simple idée générale. Si cela était absolument nécessaire, on pourrait dire que l'on trouve surtout dans cette classe les lois concernant les conditions sous lesquelles le consentement des parties sera réputé obligatoire. Dans la théorie générale des obligations nous rencontrons aussi la matière des vices du consentement (très discutée, comme on sait, au point de vue de la compétence internationale des lois) et, en outre, quelques dispositions éparses, la définition de la condition potestative et de son effet (code civil français, art. 1170 et 1174), le principe que la solidarité ne se présume pas (code civil français, art. 1202), peut-être aussi le principe que le terme est censé stipulé au profit du débiteur (art. 1187). Il ne semble pas que la loi nationale des parties puisse revendiquer bien autre chose dans la théorie générale des obligations [1].

[1] La prescription libératoire peut-elle rentrer dans le domaine du statut personnel ou, plus généralement, quelle est la loi compétente à son égard ? C'est encore une *famosissima quæstio* à laquelle toutes les réponses possibles (ou à peu près) ont été successivement faites (v. Vincent et Pénaud, *Dictionnaire*, vᵒ Prescription libératoire, et Cl. 1903, p. 138). La jurisprudence française hésite entre la loi du domicile du débiteur (Cass., 13 janvier 1869, S., 69-1-49 ; Trib. Seine, 28 novembre 1891, Cl. 92, p. 712) et la loi du lieu de formation ou d'exécution du contrat Trib. Seine, 19 février 1889, Cl. 89, p. 621 ; Tunis, 15 juin 1891, Cl. 91,

Dans les contrats particuliers, au contraire, on rencontrera un nombre beaucoup plus grand de dispositions ayant pour objet de limiter la liberté des contractants dans leur propre intérêt, de peur qu'une liberté plus grande n'aboutît à des résolutions prématurées ou funestes. Il est à remarquer que les dispositions de ce genre se rencontreront plus fréquentes dans les contrats où l'on peut craindre que l'une des parties n'abuse de son influence sur l'autre, ou encore lorsque le caractère désintéressé de son engagement rend un sujet plus digne de la protection de la loi. C'est ainsi que le droit des donations appartient presque en entier à cette catégorie et doit être assigné au domaine du statut personnel. De même les limitations de cet ordre nous apparaissent très nombreuses dans le contrat de mariage. L'irrévocabilité des conventions matrimoniales appartient à cette catégorie, car c'est bien pour protéger chacun des époux contre tout abus d'influence de la part de son conjoint qu'elle a été créée[1]. Dans la même

p. 1238 ; Com., Bordeaux, 27 avril 1891, Cl. 92, p. 1004 ; Tunis. 26 décembre 1898, Cl. 98, p. 557). Un point paraît complètement inadmissible, c'est que l'on puisse, avec Fœlix et Savigny, appliquer à cette matière le droit choisi par les parties (v. cep. Trib. d'Ilfov, 11 décembre 1895, Cl. 97, p. 879). La prescription appartient aux lois obligatoires, bien que la volonté des intéressés ne soit pas sans quelque influence sur son effet. Au delà tout est difficulté, car la prescription a un caractère mixte : elle est à la fois une protection pour le débiteur et une loi de procédure. En principe, il me paraît raisonnable de la faire régir par la loi nationale du débiteur, sauf à admettre que le délai ne dépassera jamais la plus longue prescription organisée par la loi du tribunal saisi. Il faudrait peut-être créer un régime particulier pour les courtes prescriptions qui sont dues à des considérations de crédit public, ce serait alors la loi du lieu où la créance est née qui leur serait applicable (en ce sens Trib. sup. de Hambourg, 18 janvier 1896, Cl. 97, p. 593). Je n'avance ces solutions qu'avec une certaine hésitation.

[1] Cette solution ne devrait pas faire l'objet d'un doute sérieux, telle est l'évidence des motifs qui l'ont fait admettre. Elle est cependant fort contestée et bien des opinions différentes se sont manifestées sur la question. Tantôt c'est à la forme que l'on rapporte la prescription des art. 1394 et 1395, code civil, tantôt à l'autonomie des parties, ou encore aux exigences de l'ordre public (cf. Despagnet, *Précis*, pp. 639 et suiv. Dans le sens de l'immutabilité, v. Chambre des lords, 15 décembre 1899,

catégorie rentreront les garanties organisées au profit de la femme, ce principe, par exemple, qu'obligée avec son mari elle n'est considérée que comme une caution, ou encore la règle qui lui interdit de renoncer à la communauté au cours du mariage. Nous y ferons aussi rentrer tout ce qui concerne l'inaliénabilité dotale, à la seule exception des lois posées pour garantir les tiers des inconvénients attachés à cette inaliénabilité. Il s'agit ici, sans doute, de lois concernant principalement et même, d'après une certaine doctrine, exclusivement les immeubles : elles n'en sont pas moins personnelles, à notre avis, étant relatives à la protection de la personne et non pas à la condition des immeubles.

Les divers bénéfices accordés à la caution sont, au point de vue international, de même nature. Au contraire, certaines dispositions dirigées vers la protection de la personne sont prises, en réalité, dans un but de police et doivent être appliquées aux étrangers sur le territoire où elles sont en vigueur. Il en est ainsi des lois ouvrières, toutes les fois où le législateur ne limite pas aux seuls nationaux le bénéfice des dispositions qu'il a édictées.

245) Notre but n'est pas ici de dresser un répertoire des questions internationales que la théorie des contrats peut soulever. Nous nous en tiendrons donc à ces exemples, rappelant que les limitations à l'autonomie, issues des exigences de l'ordre public, ont déjà été examinées [1].

Cependant un point particulier doit encore être examiné : c'est la *famosissima quæstio* à l'occasion de laquelle Dumoulin a édifié, le premier, la théorie de l'autonomie. Dumoulin, on le sait, consultant sur le régime auquel

Cl. 1902, p. 866; pour la personnalité, v. Trib. de la Seine, 29 mai 1901, Cl. 1902, p. 361).

[1] Voy. p. 443.

sont soumis des époux mariés sans contrat, faisait observer qu'il s'agissait là non pas d'un véritable statut, mais d'un pacte tacite de nature personnelle et devant, à ce titre, s'étendre à tous les biens des époux en quelque lieu qu'ils fussent situés. Il y avait dans cette façon d'envisager les choses une légère inexactitude, suivie d'une erreur certaine. L'erreur a été relevée, surtout par les auteurs les plus récents. On a dit avec raison qu'un pacte exprès ou tacite donne lieu à un régime juridique qui n'est ni personnel, ni réel, car personnalité et réalité sont encore deux faces de l'autorité de la loi, et ici le législateur abdique son autorité. Si le pacte, une fois conclu, étend partout son effet, c'est, ajoute-t-on, que la nécessité des choses le veut ainsi. Précisons et laissons de côté ce terme imprécis de nécessité des choses. Si les conventions régulièrement faites ont une portée universelle (sous réserve des droits de l'ordre public), c'est en vertu de ce principe que tout droit régulièrement acquis doit être internationalement respecté. Cela n'est pas spécial aux conventions, et cette propriété se rencontre également dans tous les droits dont l'origine a été régulière au point de vue international, dans tous les droits acquis conformément aux exigences des lois compétentes. Cette grande loi de la société des nations sera étudiée ultérieurement.

Mais on rencontre aussi en la matière une légère inexactitude, qui n'est pas sans vicier singulièrement la théorie de Dumoulin dans son application à la détermination du régime matrimonial des époux mariés sans contrat. Que l'on se réfère purement et simplement à la volonté des parties dans les contrats non solennels où la volonté peut, par elle-même et sans l'enveloppe de formes déterminées, faire la loi, cela est naturel et logique. Il est logique aussi dans ce domaine de se référer à une volonté présumée, lorsque toute volonté exprimée fait défaut. Donc, dans les contrats ordinaires et sous le bénéfice des réserves déjà faites, la théorie de Dumoulin est très juste et doit être acceptée comme constituant la vérité juridique.

Mais ce cas n'est point le nôtre. Dans la plupart des pays, en France notamment, le contrat de mariage est un contrat solennel. L'intention des époux ne s'y fait obéir qu'autant qu'elle se produit sous une forme rigoureusement déterminée par la loi. Si cette forme n'est pas suivie, soit que les futurs époux n'aient pas fait de contrat, soit que leur acte souffre d'une nullité de forme, le législateur exerce son rôle de directeur et de maître. Il impose aux époux un régime dit de droit commun, chez nous le régime de communauté légale, alors même que l'adoption de ce régime est manifestement contraire à la volonté des époux, ce qui apparaît notamment dans le cas où, par un contrat déclaré nul depuis, les époux ont adopté un régime différent.

On aperçoit la contradiction flagrante qui s'élève entre le régime national, à ce point de vue, et le régime international. En droit intérieur, l'absence de contrat a pour conséquence l'application d'un régime imposé par la loi; en droit international, dans la doctrine de Dumoulin, cette même circonstance ne supprime nullement le libre choix des époux, elle autorise seulement le juge à déduire des circonstances le sens dans lequel ce choix peut vraisemblablement s'être exercé.

Comment et pourquoi le droit de libre disposition des particuliers intéressés irait-il plus loin à l'un de ces points de vue qu'à l'autre? Est-il impossible d'établir un régime international de droit commun? En aucune façon. La loi nationale du mari remplirait d'autant mieux cet office que cette loi régit déjà les rapports personnels des époux. Il serait bon à tous égards qu'elle régît également leurs rapports pécuniaires, et cette solution n'aurait pas l'inconvénient de consacrer à leur profit une liberté qui manque véritablement de base, puisqu'elle n'existe pas dans les lois positives auxquelles ils sont, pour le reste, soumis.

246) Un rapprochement intéressant peut être fait, à

notre point de vue, entre le contrat de mariage et le testament. Le testament, acte simplement unilatéral, est très voisin, par sa nature juridique, du contrat de mariage. Ici encore la liberté de tester, dans la mesure plus ou moins grande où elle existe, n'est reconnue par la loi qu'exprimée sous certaines formes, formes substantielles également quoique plus larges et pouvant être, au gré du testateur, ou authentiques ou olographes. Si un testament régulier n'a pas été fait, l'ordre légal s'impose dans la distribution des biens du défunt aux héritiers, quelles qu'aient pu être les intentions du premier. Il n'en est pas autrement en matière de régime matrimonial.

Par une dissidence vraiment fort bizarre, jamais l'application du principe d'autonomie n'a été faite aux successions, jamais personne n'a prétendu qu'il y eût là une pure question d'intention à trancher d'après des inductions tirées de la volonté probable du défunt. Bien au contraire, pendant longtemps la théorie s'est attardée, en compagnie de la pratique, dans la distinction surannée de la succession mobilière et de la succession immobilière. Elle tend maintenant à s'en affranchir (et les résolutions adoptées à La Haye lui seront d'un secours précieux), mais ce n'est nullement pour tenter une évolution semblable à celle que Dumoulin a accomplie, c'est pour restituer à la loi nationale sa légitime autorité. On voit que deux questions fort rapprochées l'une de l'autre eurent des fortunes très différentes, sans que l'on puisse en donner de bonnes raisons, simplement peut-être par le hasard de l'orientation prise par les jurisconsultes, peut-être encore parce que la question des successions n'a pas rencontré son Dumoulin.

Mais cette comparaison ne suffit-elle pas à faire douter de la solidité de la doctrine commune touchant le régime des époux mariés sans contrat, et à montrer qu'il y a eu en elle quelque chose d'irrationnel et de hasardeux? Je dirai volontiers que c'est une solution de consultation et non une vraie décision de doctrine. Si l'on croit avec nous que

le droit international privé a pour devoir strict de conserver aux lois la plénitude de leur autorité, il n'est pas douteux que les époux mariés sans contrat, dans des conditions telles qu'un conflit de lois vienne à se produire, sont soumis à un régime légal et non pas à un régime conventionnel. Ce régime ne peut être que celui que consacre la loi nationale du mari. La corrélation étroite existant entre le contrat civil et le contrat pécuniaire de mariage est telle que l'on ne saurait songer sérieusement à faire prévaloir ici une autre loi [1].

Ainsi nous n'hésitons pas à refuser au principe de Dumoulin l'application en vue de laquelle il a été émis. Le respect de l'autorité du droit nous y oblige et nous obtenons ainsi l'avantage fort sensible de faire régir par une loi unique toutes les suites du mariage [2].

247) Loin de s'engager dans cette voie, la jurisprudence française tend de plus en plus à considérer comme une pure question de fait le problème international du régime des époux mariés sans contrat. Cette tendance est fâcheuse. Pendant longtemps nos tribunaux décidaient à peu près invaria-

[1] En ce sens de Bar (*Theorie und Praxis*, t. II, pp. 505 et suiv.). D'après cet auteur l'application du statut personnel du mari serait indiscutée dans la jurisprudence allemande, mais ce statut personnel est la loi du domicile du mari, au lieu que dans l'opinion de de Bar c'est la loi nationale. La jurisprudence anglaise, demeurée fidèle à la doctrine de d'Argentré, distingue entre les meubles et les immeubles : à l'égard des premiers, c'est la loi du domicile qui détermine les rapports pécuniaires des époux, pour les seconds la loi de leur situation (Westlake, *Private international law*, pp. 66 et suiv.; Dicey, *Conflict of laws*, pp. 519 et 648). La jurisprudence américaine est dans le même sens (Dicey, *id.*, pp. 527 et 556).

[2] La préférence donnée à la loi nationale fait naître la question de savoir si le régime légal des époux changerait au cas où ils changeraient eux-mêmes de nationalité au cours du mariage. Au cas de dénationalisation d'un seul des époux, la question n'est pas douteuse ; si tous deux changent de nationalité, elle devient plus grave. Même alors j'inclinerais fort vers le maintien du régime originaire, car le législateur, bien qu'ayant agi par voie d'autorité, leur a donné un régime qui remplace celui qu'ils auraient pu choisir eux-mêmes et doit en avoir la fixité.

blement que des étrangers mariés sans contrat étaient soumis au régime de droit commun organisé par la loi de leur domicile matrimonial. On entendait par cette expression le lieu où les époux avaient décidé de fonder leur établissement commun. Cette fixité a disparu et la jurisprudence la plus récente prétend, dans chaque cas, déduire en toute liberté des circonstances de fait le régime adopté par les époux. On aboutit ainsi à donner compétence tantôt à la loi nationale, tantôt à celle du domicile, tantôt à une autre loi quelconque. Pratiquement, cette méthode aboutit à donner en France à la loi française une compétence fort étendue, parfois exagérée.

Ce système peut se défendre, en disant qu'il est la traduction la plus exacte des idées exprimées par Savigny. Cela est vrai, mais aussi on aperçoit facilement le vice d'une semblable méthode. Des étrangers qui se marient en France sans faire de contrat n'ont, en général, aucune notion du régime qui va leur être applicable. Ils n'y songent pas et, par cette raison péremptoire, n'expriment aucune intention à cet égard.

De l'indécision voulue de la jurisprudence il résultera que pendant toute la durée de leur vie commune ils ne sauront pas par quelle loi leurs rapports pécuniaires sont régis, s'ils sont époux communs ou séparés de biens, par exemple. Ils ne le sauront même pas à une heure où il serait pourtant essentiel qu'ils fussent fixés sur ce point, lorsqu'ils prendront leurs dispositions de dernière volonté. Pour qu'ils le sachent il faut qu'un procès donne la parole au juge et, le plus souvent, ce procès n'intervient qu'entre le survivant des époux et les héritiers du prédécédé, à une époque où le régime dont il s'agit a cessé de produire ses effets [1].

[1] On a vu en pratique une personne faire deux testaments différents, prévoyant le cas où elle serait jugée avoir vécu sous l'un ou l'autre de deux régimes. Mais tous les testateurs n'usent pas d'une semblable précaution et comme, en l'absence de tout acte, l'intention de deux personnes est la chose du monde la plus difficile à saisir (surtout lors-

Pratiquement, le système de la présomption donnant compétence à la loi du domicile matrimonial vaut mieux. Il échappe au moins à l'inconvénient de l'incertitude du droit, inconvénient qui n'est pas beaucoup moindre que celui que présenterait l'absence même du droit [1].

Au point de vue de la doctrine ici exposée cette question n'a pas d'intérêt, puisque le régime des époux mariés sans contrat est, obligatoirement, celui que consacre leur loi nationale.

248) Les lois de cet ordre ne méritent pas moins de retenir l'attention. Envisagées sous l'aspect de leur force obligatoire elles représentent un degré intermédiaire entre la loi purement facultative et la loi purement impérative. Le législateur ne défend pas aux particuliers intéressés de régler leurs rapports à leur gré, mais il y met certaines conditions et exige, pour la perfection de l'acte à accomplir, l'emploi de certaines formes. Ces formes ne sont-elles pas suivies, l'acte est purement et simplement considéré comme nul, s'il ne correspond pas à une relation nécessaire entre les personnes qu'il concerne. Il en est ainsi de la donation irrégulière, des actes faits au nom du mineur non

qu'elles n'ont pas songé au point en litige, ce qui est le cas le plus fréquent), il arrivera le plus souvent que les prévisions des époux seront complètement démenties par l'application du régime matrimonial que le juge déclarera être le leur.

[1] Il existe, sur ce point, en France une jurisprudence très considérable. Si on parcourt les arrêts rendus on sera très frappé de la latitude de plus en plus grande qui est laissée au juge, au détriment évident de la certitude du droit, si importante cependant dans une matière aussi complexe (v. à ce sujet notre note sous Paris, 25 novembre 1891, S., 96-2-273). Voici les décisions les plus récentes : Cass., 15 juillet 1885, Cl. 86, p. 93 ; Trib. de Nogent-le-Rotrou, 3 février 1888, *Le Droit*, 23 août ; Chambéry, 1er avril 1896, Cl. 98, p. 565 ; Trib. Seine, 22 mai 1897, Cl. 98, p. 142 ; Paris, 9 juin 1898, Cl. 98, p. 931 ; Trib. de Chartres, 23 mai 1900, Cl. 1901, p. 354 ; Trib. Seine, 28 décembre 1900, Cl. 1901, p. 568 ; Trib. de Marseille, 20 novembre 1900, Cl. 1901, p. 807 ; *id.*, 23 avril 1901, Cl. 1902, p. 840 ; Douai, 2 février 1899, Cl. 99, p. 825 ; Trib. Seine, 16 novembre 1901, Cl. 1902, p. 137 ; Tunis, 6 juin 1900, Cl. 1902, p. 358 ; Paris, 16 décembre 1901, S., 1902-2-298.

émancipé ou par le mineur émancipé, sans les formalités du droit. Cet acte correspond-il, au contraire, à une relation nécessaire, la loi établit cette relation de son propre chef et l'impose aux parties. Il en est ainsi pour le contrat de mariage et pour le testament.

L'exigence des formes est, en pareil cas, une garantie organisée dans l'intérêt des parties elles-mêmes, une dernière sauvegarde pour leur liberté, un moyen détourné de leur éviter des résolutions précipitées et irréparables. Aussi très généralement ces formes sont solennelles et requièrent l'assistance de tiers, dont l'intervention sera puissante pour le bien des parties. Même lorsqu'elles ne requièrent pas nécessairement cette assistance, comme c'est le cas dans le testament, l'intention du législateur me paraît être encore de protéger les parties.

Le but social de ces lois étant tel, il n'est pas douteux qu'elles sont de nature personnelle et extraterritoriale. Cette extraterritorialité reçoit, il est vrai, ici de graves atteintes du fait de la règle *locus regit actum*, mais en principe elle subsiste et on est fondé à en conclure l'extraterritorialité des règles légales posées pour être substituées à la volonté des parties, quand celle-ci n'a pas été régulièrement exprimée. De là la personnalité du régime matrimonial de droit commun, la personnalité de la succession *ab intestat* [1].

249) Une autre classe de lois est, en apparence, très voisine de celle-ci, quoique, dans la réalité, elle en diffère pro-

[1] Cette doctrine a pratiquement l'avantage d'écarter une série de questions fort embarrassantes dans le système de l'autonomie. Que faut-il décider lorsque la liberté reconnue aux parties vient se heurter à une règle prohibitive de leur législation nationale ? Des Italiens établis en France et mariés sans contrat sont facilement présumés avoir voulu se soumettre au régime de la communauté légale. Mais la loi italienne leur interdit de stipuler toute société plus étendue qu'une simple communauté d'acquêts. Qui l'emportera de leur autonomie ou de leur statut personnel ? La jurisprudence française tend à faire prévaloir leur autonomie.

fondément. Elle comprend les lois sur la forme des actes. Ces lois visent non pas précisément la protection de la personne, mais la constatation fidèle et exacte des transactions entre particuliers, constatation nécessaire à une bonne administration de la justice. Les lois sur la forme des actes se séparent des nôtres par leur généralité. Elles n'ont leur origine ni dans la condition des personnes, ni dans l'importance exceptionnelle de certains actes relativement à ceux qu'ils intéressent : elles s'appliquent indifféremment à toutes les personnes et à tous les actes. De plus, leur caractère obligatoire n'est pas aussi accusé. Lorsqu'elles ont été négligées elles admettent encore des équivalents, des remplacements, au moins quand l'ordre public n'est pas intéressé à ce qu'une application rigoureuse en soit faite. De là vient l'extrême incertitude de leur nature dans les relations internationales. Elles seront examinées dans le chapitre suivant. Il suffit pour le moment d'avoir signalé une confusion faite trop souvent et qui n'a pas peu contribué à grossir les difficultés de notre science.

250) Terminons ce chapitre par quelques mots sur les quasi-contrats. Le mot de quasi-contrats et (on peut le conjecturer) l'embarras qu'aurait causé la création d'un régime particulier à ces rapports de droit ont induit la doctrine à baser sur l'analogie des quasi-contrats et des contrats le droit international qui leur est applicable. Cette extension nous paraît exagérée et déraisonnable. Les quasi-contrats ne sont pas assimilables aux conventions tacites, ils ne tiennent rien du consentement des parties. La gestion d'affaires suppose des actes d'administration accomplis à l'insu du maître de l'affaire, le paiement de l'indû implique fatalement le non consentement du *solvens,* sinon il serait une donation. Il est certain qu'il n'y a pas eu de consentement; sous quel prétexte étendrait-on à nos hypothèses le droit spécial aux actes volontaires? Nous garderons ici encore nos principes et, puisqu'il s'agit

d'obligations dérivant de la seule autorité de la loi, nous nous demanderons simplement quel est le but social des lois qui ont établi ces obligations.

Pour la gestion d'affaires il paraît très clair que le législateur, en accordant au gérant un recours mesuré sur l'utilité de sa gestion, a voulu protéger un propriétaire négligent ou empêché, en engageant les tiers à prendre soin de ses affaires à sa place. C'est une idée assez voisine de celle qui a présidé à l'institution des tutelles, et nous n'hésiterons pas à faire régir les conséquences de la gestion par la loi nationale du maître de l'affaire.

Un objet tout différent apparaît dans l'obligation de restituer l'indû. Il s'agit ici de faire prévaloir une idée de justice élémentaire et même, si l'*accipiens* est de mauvaise foi, de réprimer la fraude. Les lois qui visent à un semblable but sont, à notre avis des lois d'ordre public, et cela emporte comme conséquence l'application de la loi du territoire sur lequel le paiement indû a été effectué.

Ces solutions ne font, on le voit, aucune part à la volonté des intéressés et par là elles contribuent à enfermer la règle d'autonomie dans le domaine qui lui est propre.

CHAPITRE XVI

Des lois sur la forme des actes.

251. Singularité de la règle *locus regit actum;* historique. — 252. Son application primitive au testament; son extension. — 253. Embarras des statutaires touchant son classement. Critique de leur doctrine. — 254. Difficultés actuelles de la règle; méthode pour délimiter son domaine. — 255. Formes intrinsèques et formes extrinsèques. — 256. Restriction en ce qui concerne les formes habilitantes. — 257. Formes touchant le crédit public et la sécurité des tiers. — 258. Formes exigées pour les actes solennels. — 259. Solution transactionnelle. Critique. — 260. Question du mariage religieux des étrangers en France. — 261. Formes exigées en vue de la preuve des actes. Explication de la compétence de la loi du lieu dans la doctrine de Savigny. — 262. Recherche du but social de cette catégorie de lois. — 263. Inapplicabilité de la *lex fori,* bien que rationnellement compétente. — 264. Caractère obligatoire de la règle *locus regit actum* d'après la jurisprudence. — 265. Son caractère facultatif pour la doctrine. Emploi de la loi nationale fondé sur un retour aux principes. — 266. Critique de la jurisprudence. — 267. La règle et l'intention frauduleuse des parties. — 268. Rapprochement des lois sur l'admissibilité de la preuve et sur la forme des actes. — 269. Administration de la preuve. Compétence de la *lex fori.* — 270. Importance exceptionnelle de la preuve dans certains cas. Identité du droit et de la preuve. — 271. Distinction entre les actes juridiques et les faits matériels. — 272. Conclusion.

251) Les lois touchant les formes des actes juridiques ont présenté cette singularité d'être de toutes, celles que

l'on avait le plus de peine à faire entrer dans les classifications générales imaginées par les jurisconsultes et, en même temps, celles dont le régime international a été le plus vite et le plus solidement établi. La règle *locus regit actum,* qui permet d'user des formes ordonnées par la loi du lieu où l'acte est fait, remonte, en effet, aux origines les plus éloignées de notre science. Ce n'est pas qu'elle n'ait été contestée en Italie et surtout en France où l'influence du statut réel était plus marquée ; on ne s'en étonnera pas, si l'on songe qu'à une époque comme la nôtre, où son autorité est depuis longtemps reçue, les controverses abondent sur son sens et sur sa portée.

252) C'est au sujet du testament que nos anciens auteurs discutaient la question. Le testament est, dans bien des cas, un acte qui ne peut pas se remettre : il est donc important qu'il puisse être valablement fait dans un lieu quelconque et que sa validité soit reconnue en quelque endroit que les biens du testateur soient situés. L'hypothèse faite par les bartolistes était celle d'un testament dicté par un étranger, à Venise, en présence de deux témoins, alors que d'après le droit commun il en aurait fallu sept. Ce testament était-il valable ? était-il valable à Venise où il avait été fait, était-il valable même ailleurs, dans un lieu quelconque où les biens laissés par le testateur peuvent être situés ?

Le premier de ces deux points ne fit pas de difficulté. Les magistrats de tous les pays ont une tendance accusée à considérer comme valables les actes faits conformes au statut propre à leur cité. C'est, au point de vue des principes, un tort véritable, mais qui, dans l'espèce, avait l'avantage d'aider à la reconnaissance de la loi internationalement compétente. On eut plus de peine à admettre que le testament, dont la forme avait satisfait aux lois du lieu dans lequel il avait été passé, était valable même en pays étranger, aux lieux de situation des biens du défunt. La doctrine italienne s'y résigna, à la vérité, d'assez bonne

grâce : une fois admise la prééminence d'un statut particulier sur le droit commun, ce qui était pour elle le point délicat, il ne paraît pas qu'elle ait fait grande difficulté à admettre l'effet extraterritorial du testament dressé conformément à la règle *locus regit actum*. Il n'en fut pas de même pour la doctrine française, bien plus pénétrée que la précédente de respect pour la territorialité des lois immobilières. M. Lainé [1] nous montre bien la réaction qui s'opéra à cet égard au XVII[e] siècle et qui eut son expression la plus nette dans l'art. 13 de l'édit perpétuel de 1611, texte qui soumettait expressément à la loi de situation des biens la forme des actes juridiques les concernant. Cependant la convenance de la règle surpassa tous ces obstacles, et la doctrine comme la jurisprudence finirent par admettre comme incontestable la validité internationale du testament fait suivant les lois du lieu où se trouvait le testateur.

Inventée pour le testament, la règle *locus regit actum* fut étendue de là aux autres actes authentiques et même jusqu'aux actes sous seing privé, quoique moins certainement pour ces derniers.

253) Il ne suffisait pas aux jurisconsultes d'être tombés d'accord sur la règle à appliquer aux solennités des actes juridiques; il fallait encore faire rentrer cette règle dans leurs classifications générales, et sur ce point leur embarras fut beaucoup plus grand. Pas, à la vérité, pour les postglossateurs : ils ne manquaient pas de textes romains pour colorer leur résolution, et celle-ci s'inspirait, en réalité, de la seule convenance de la solution proposée. Il en était autrement des statutaires. Enfermés dans leur distinction fondamentale des statuts réels et personnels, ils devaient à tout prix y faire une place à la règle *locus*

[1] Lainé, *Introduction*, t. II, p. 360. Au temps de Waechter (*Archiv*, II, p. 383) la règle *locus regit actum* n'avait pas son application en matière immobilière d'après le droit commun allemand.

regit actum,, à peine de se la voir reprocher comme une inconséquence dangereuse pour leurs principes eux-mêmes. La règle était-elle un statut réel ou un statut personnel ? Elle n'était, en réalité, ni l'un ni l'autre, car on ne voit pas que l'on puisse la rapporter plus particulièrement à la personne ou aux biens. De là les avis se partagèrent. Certains rangeaient les formes dans le statut réel, soit seulement lorsqu'elles concernent les immeubles, comme Burgundus et Rodenburgh (ce qui, logiquement, ne devait faire admettre la compétence de la *lex loci actus* que dans le cas où elle se confondait avec la *lex rei sitæ),* soit en général et sans restriction, comme Raviot et Boullenois [1]. Cette sentence était difficile à justifier. Raviot, ne reculant pas devant une pétition de principes, allègue comme preuve que dans chaque pays ces statuts sont accessibles aux étrangers comme aux domiciliés. Boullenois, qui se range à ce parti après de longues hésitations, émet une idée plus générale empruntée à Burgundus : les actes solennels seraient, par essence, de la compétence de la loi du lieu où ils sont faits. On sent dans ces raisons de purs prétextes, des moyens inventés pour colorer une solution que l'on sent nécessaire, mais dont on cherche en vain l'accord avec les principes.

D'autres (Bouhier, Prévot de la Jannés[2]) travestissaient en statuts personnels les lois sur la forme des actes. Bouhier, pour expliquer son sentiment, essaye de faire du statut des formes une sorte de statut personnel de l'officier public chargé de dresser les contrats des particuliers, idée étrange à coup sûr et bien visiblement mise au jour pour les besoins de la cause ; en outre il se réfère à cette circonstance que les actes ainsi faits sont reconnus partout pour valables. Cette dernière raison mérite qu'on y insiste, car elle renferme une erreur que l'on ne pénètre

[1] Boullenois, *Personnalité et réalité des lois*, t. I, p. 496 (Observation XXIII).

[2] Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XXIII, n° 81, et chap. XXVIII, n° 12.

généralement pas. A supposer même que l'extraterritorialité de l'acte juridique accompli fût une propriété du statut personnel, on pourrait répondre à cet argument ce que nous répondions plus haut au raisonnement des réalistes, qu'il constitue une pétition de principes, mais ici le vice est plus grave. Les jurisconsultes, en le faisant, ont confondu deux notions tout à fait distinctes, l'extraterritorialité du statut qui lui permet de s'imposer même au delà des limites de l'État de la législation duquel il fait partie, et cette propriété qu'a un acte conforme à la législation compétente de valoir partout.

La validité internationale d'un acte juridique ne se rattache nullement au statut personnel en particulier : elle est la condition indispensable à l'établissement de toute communauté juridique fondée sur l'application harmonique des diverses lois positives. Il suffit qu'un acte soit internationalement valable pour qu'il ait ses effets en tout lieu : il y a équation exacte entre ces deux propositions, et en dehors d'une semblable équation aucun droit international privé ne pourrait exister. Le statut réel aussi bien que le personnel assure aux actes faits en conformité de ses dispositions la validité internationale et, si cet effet général est ici moins sensible, c'est uniquement parce que les droits acquis sur des immeubles sont, en vertu d'une loi de compétence juridictionnelle générale, appréciés par le tribunal de la situation de ces immeubles.

Les principes n'en existent pas moins et précisément l'exemple des lois sur la forme des actes leur donne une éclatante confirmation. Voilà des lois qui en vertu de l'assentiment général sont invocables sans distinction par toutes personnes, qui possèdent donc à ce point de vue la caractéristique du statut réel, et pourtant il n'est pas douteux que l'acte fait en conformité de la *lex loci actus* a une validité générale. Comment expliquer cette anomalie, si l'on n'admet pas que cet effet général est attaché non pas spécialement au statut personnel, mais à tout droit acquis en conformité des lois compétentes ?

254) Les difficultés que suscite la règle *locus regit actum* ne sont guère moins nombreuses aujourd'hui qu'autrefois, elles sont un peu différentes, voilà tout. Si l'on ne peut pas prétendre les résoudre toutes, il est permis au moins de les limiter singulièrement en les soumettant à un examen attentif. Les lois sur la forme des actes présentent un caractère qui suffit à lui seul à expliquer les controverses de notre sujet. Elles n'ont pas d'individualité qui leur soit propre et il est radicalement impossible d'imaginer des règles juridiques qui leur soient applicables et qui ne soient applicables qu'à elles.

L'exigence d'une forme considérée en elle-même est une précaution qui ne nous dit rien de sa nature et de son objet, car elle peut s'accommoder à des situations et à des buts sociaux fort divers. La forme peut être requise dans l'intérêt de l'auteur de l'acte ou dans l'intérêt des tiers; elle peut être exigée pour la validité de l'acte lui-même ou simplement en vue d'une meilleure administration de la justice. Dire qu'une loi concerne la forme d'un acte ne nous renseigne en aucune façon sur l'objet que poursuit cette loi, donc aussi cette indication ne nous fournit aucun renseignement utile sur la compétence de cette loi. Il faut donc procéder tout d'abord à des classifications et admettre des distinctions : si elles n'ont pas la vertu de nous fixer tout à fait sur le mérite de la règle *locus regit actum,* elles nous aideront du moins à en délimiter le domaine.

255) On oppose quelquefois les formes extrinsèques aux formes intrinsèques. A la vérité, les premières seulement sont des formes, les éléments improprement appelés formes intrinsèques n'étant autre chose que les conditions de fond de l'acte juridique. Il est à remarquer cependant que si l'on admet, avec Boullenois, que la *lex loci actus* donne l'existence à l'acte solennel, il sera logique d'emprunter à cette loi les conditions de fond de l'acte aussi bien que ses conditions de forme. N'est-ce pas à cela que revient la

doctrine d'après laquelle les contrats sont soumis à la loi du lieu où ils sont faits, même pour celles de leurs parties qui ne dépendent pas de la volonté des contractants ? Cette extension pourtant n'est pas admise et, dans la doctrine commune, la règle *locus regit actum* est regardée comme se référant uniquement aux formes extrinsèques. Même dans ce domaine, elle est loin d'une application générale et certaines formes correspondant à un but social bien déterminé obéissent à la règle de compétence qu'implique l'existence de ce but social.

256) Il en est ainsi des formes habilitantes. Il est bien certain que ces formes ne sont imaginées que pour remédier à l'incapacité de la personne, qu'elles constituent pour elle une protection et que leur application dépend de la loi nationale de l'individu à protéger et non point du tout de la loi du lieu où l'acte est fait. La doctrine est à peu près unanime sur ce point qui laisse la jurisprudence incertaine. On ne conçoit pas qu'il puisse donner lieu à une incertitude quelconque. Nous avons précédemment donné pour exemple les formes exigées par notre loi française pour l'aliénation des biens fonds appartenant à des mineurs. N'est-il pas évident que ces formes ont dans l'incapacité du mineur leur unique raison d'être et qu'elles tendent à conférer à ce dernier un complément de protection? N'est-il pas évident, par suite, que la loi qui décide de l'incapacité du mineur et des pouvoirs de son tuteur devra décider aussi des formes dont l'accomplissement pourra être nécessaire à tel ou tel acte intéressant son patrimoine? Pour penser autrement, il faut suivre aveuglément la doctrine des anciens réalistes : elle ne possède aucun titre à une semblable confiance. Donc l'aliénation des immeubles appartenant en France à un mineur italien ne se fera pas nécessairement en justice et inversement un immeuble italien appartenant à un mineur français ne pourra être vendu que par le moyen d'une procédure judiciaire.

Ces principes sont assez nets pour être jugés certains :

ils soulèveront parfois une petite difficulté d'application que voici. Reprenons l'exemple du mineur français possédant des biens fonds en Italie. Ses immeubles ne peuvent être vendus que par-devant un tribunal. Mais de quel tribunal s'agit-il? Si le mineur est domicilié en France, on s'en remettra volontiers au tribunal de son domicile; s'il est en Italie, la question est un peu plus embarrassante. Observons que ce n'est pas positivement une question de droit, mais plutôt d'administration internationale de la justice (Rechtshilfe). Nous ne voyons aucune raison pour récuser la justice, soit française, soit italienne, et comme ici le débat ne paraît pouvoir porter que sur une question de commodité, nous dirons volontiers que, de préférence, le tribunal italien de la situation des immeubles devra être consulté; ce n'est qu'autant que ce tribunal ne se considérerait pas comme compétent qu'il faudrait recourir à un tribunal français dont la désignation serait alors fort malaisée [1].

Ces solutions s'appliqueront à toutes les formes dont l'objet certain est de protéger l'auteur d'un acte juridique, par exemple à l'interdiction du testament conjonctif, à la nécessité de l'état descriptif dans la donation de choses mobilières et à toutes dispositions poursuivant le même but.

257) Une autre occasion de limitation nous est fournie par les formes intéressant le crédit public et établies pour la sécurité des tiers. Nous avons déjà traité de cette catégorie de lois dans un précédent chapitre : aussi suffit-il de la mentionner ici, en notant qu'elle apporte une nouvelle limitation à l'empire de la règle *locus regit actum* [2].

[1] Dernièrement un tribunal français voisin de la frontière franco-italienne a été requis d'accorder son homologation à un acte concernant un mineur français domicilié en Italie et ne possédant ni domicile d'origine ni biens dans le ressort de ce tribunal. J'ignore la solution que cette demande a reçue.

[2] De Bar paraît bien faire allusion à cette catégorie de formes lorsqu'il présente la règle *locus regit actum* comme inapplicable en matière de

258) Nous arrivons ainsi à deux dernières classes de formes d'un intérêt direct pour notre sujet, les formes exigées pour les actes solennels et celles qui sont requises *ad probationem*. Il faut les distinguer l'une de l'autre, car ces deux séries de lois n'ont point le même but. Les actes solennels sont chez nous peu nombreux : le mariage, l'adoption, la reconnaissance d'enfant naturel, l'émancipation, dans le droit des personnes ; le contrat de mariage, la subrogation par la seule initiative du débiteur, la subrogation à l'hypothèque légale de la femme, le testament, la donation, dans le droit des biens, en épuisent à peu près la liste. Encore doit-on observer que la jurisprudence, en admettant la donation indirecte et la donation déguisée, a singulièrement altéré le caractère de solennité de cet acte. Les actes solennels sont ceux qui n'existent qu'autant que la volonté des parties a été revêtue des formes ordonnées par la loi. La forme est pour eux substantielle. Quel est l'objet des exigences de la loi? Cet objet est multiple. Il est certain que le désir d'augmenter la certitude des droits résultant de ces actes et de contribuer par là au maintien du bon ordre dans la société n'a pas été étranger à l'exigence de la solennité, mais il paraît certain aussi que cela n'en a pas été le motif principal, au moins pour les actes authentiques. La présence d'un officier public à l'acte n'a pas seulement pour avantage d'assurer une expression plus correcte aux volontés des parties, elle sert surtout à

droit des choses *(Sachenrecht)* *(Theorie und Praxis*, t. I, pp. 615 et suiv.). Cette affirmation paraît cependant un peu absolue. N'est-il pas préférable de distinguer dans une translation de propriété, par exemple, les rapports des parties entre elles, auxquels rien n'empêche d'appliquer notre règle, de leurs rapports avec les tiers qui sont hors de son domaine et appartiennent bien certainement au ressort de la *lex rei sitæ*. En matière mobilière, il est vrai, ces deux points de vue tendent à se confondre, d'où cette conséquence que tout mode d'acquisition, parce qu'il intéresse les tiers, tombe sous l'empire de la *lex rei sitæ*. Mais en droit français au moins ce rapprochement ne va pas jusqu'à une véritable confusion et la comparaison des art. 1138 et 1141 c. civ. montre que la distinction peut encore être faite.

prévenir les fraudes, à déjouer les captations, à garantir la liberté des parties. On s'explique ainsi que la solennité soit l'attribut exclusif des actes les plus importants et, par suite, les plus dangereux.

La conséquence logique de ces idées serait de ranger les lois sur la solennité des actes dans le domaine du statut personnel. Personne cependant ne saurait aller jusque là : on rendrait impossibles la plupart d'entre eux à tout individu expatrié. Il en serait ainsi de tous ceux qui exigent le ministère d'officiers publics, car ce ministère est, en vertu d'une coutume constante, strictement territorial. Les étrangers n'auraient dans ce système d'autre ressource que de s'adresser aux agents diplomatiques et consulaires de leur nation, ressource insuffisante et qui n'a contenté personne.

L'inconvénient serait moins grave pour les actes sous seing privé (surtout parce que les actes sous seing privé solennels sont des actes unilatéraux) et la pratique a, jusqu'à un certain point, cédé, en ce qui les concerne, aux idées exposées ci-dessus. Nous faisons allusion à l'art. 999 du code civil qui permet au Français expatrié de tester en la forme olographe française et à la jurisprudence qui n'admet pas, dans le silence de cet article, qu'il puisse tester en la forme étrangère. La forme française est bien considérée ici comme remplissant un certain rôle de protection à l'égard du testateur.

259) Dans le domaine des actes authentiques une solution transactionnelle a été proposée, laissant une part à la règle *locus regit actum* et une part au caractère obligatoire des lois de protection. L'individu, obligé par sa loi nationale de passer en la forme authentique un certain acte juridique, ne cesserait pas d'être tenu de faire cet acte en la forme authentique, mais il pourrait se servir du ministère des officiers publics étrangers et, par une suite nécessaire, des formes prévues par la loi du lieu où ils instrumentent. C'est ainsi que Laurent prétendait exiger des

Belges à l'étranger qu'ils se mariassent civilement, sauf à les laisser contracter leur union devant l'officier de l'état civil étranger [1].

Cette opinion consiste donc à réduire la règle *locus regit actum* au seul choix des formes à employer et à laisser sous l'empire du statut personnel la question de principe, le point de savoir si des formes sont ou ne sont pas nécessaires. Elle n'a trouvé faveur ni en doctrine ni en pratique. Il est, en effet, difficile de séparer la solennité des formes qui la constituent et on peut penser que l'emploi de formes étrangères ne répond pas suffisamment au but du législateur qui a exigé la solennité. Surtout il a paru que cette exigence diminuait dans une mesure inquiétante la liberté de l'expatrié. Aussi, d'après la doctrine et la pratique, la question de solennité comme celle des formes à employer est tranchée par la loi du lieu où l'acte est fait. Notre jurisprudence reconnaît ainsi le mariage religieux célébré à l'étranger, le contrat de mariage entre Français passé sous seing privé, elle devrait reconnaître même le mariage par simple consentement, mais nous ne croyons pas qu'en fait elle soit jamais allée jusque-là [2]. Une autre conséquence des mêmes idées aboutirait à permettre à toute personne de se servir des formes autorisées par sa loi nationale dans les actes solennels qu'elle accomplit à l'étranger toutes les fois où l'emploi des formes requises est matériellement possible à l'étranger. A défaut d'une obligation qui correspondrait mieux à la nature des lois

[1] Laurent, *Droit civil international*, t. II, pp. 433 et suiv. L'art. 2128 du code civil ressort du même système, mais on sait que la rédaction de cet article a été due à une véritable méprise, à une confusion entre l'authenticité et la force exécutoire.

[2] En Angleterre, le Juge Sterling a déclaré absolument dénué de valeur au regard de la loi anglaise le mariage contracté par un Anglais avec une indigène de la tribu des Baralougs, suivant la coutume locale (Haute Cour de Justice, février 1888, Cl. 89, p. 129). La Haute Cour de Justice a, au contraire, considéré comme valable le mariage d'un Anglais avec une Japonaise, parce que c'était un mariage monogamique (8 février 1890, Cl. 90, p. 713). Entre Indiens le mariage célébré suivant leurs coutumes a été reconnu régulier (Cour suprême du Michigan dans Cl. 91, p. 1023).

en question on admettrait au moins une faculté à cet égard, faculté du reste peu importante, car, dans le plus grand nombre des cas, les formes instituées par une législation pour les actes solennels ne peuvent être suivies que sur le territoire ou exceptionnellement dans les agences diplomatiques ou consulaires.

260) Il s'est présenté cependant en pratique une question intéressante qui touche à cet ordre d'idées. Des étrangers, à qui, conformément à la coutume la plus suivie, leur loi nationale permet ou ordonne la célébration religieuse de leur mariage, pourront-ils valablement contracter en France un mariage purement religieux? Dans leur ambassade et par le ministère du chapelain qui y est attaché, certainement, grâce au privilège d'exterritorialité. Mais si l'on suppose l'union contractée par le ministère d'un prêtre dépourvu de tout caractère diplomatique, la question devient singulièrement plus délicate. La jurisprudence saisie de cette question n'a pas hésité à la trancher par la négative; elle a été suivie dans cette voie par la grande majorité de la doctrine [1].

Cette solution nous laisse des doutes fort sérieux. Le grand argument employé pour la justifier est tiré des articles 199 et 200 du code pénal, qui punissent le ministre du culte qui aurait procédé à la célébration religieuse du mariage sans s'assurer de la réception préalable de l'acte civil de mariage par l'officier de l'état civil. C'est une loi pénale, donc une loi territoriale qui sera appliquée en France sans distinction aucune, quelle que soit la nationalité du célébrant et des époux. Cet argument ne parvient pas à me convaincre. Si l'on parle de l'intention du législateur, je répondrai que rien de précis ne nous la fait connaître. Ici, comme presque partout ailleurs, le législateur s'est uniquement pré-

[1] Trib. de Toulouse, 7 mai 1890, Cl. 91, p. 223; cf. circulaire du Garde des sceaux du 11 mai 1892, Cl. 92, p. 1242 ; cf. Cass. roumaine, 13 septembre 1895, Cl. 96, p. 915 ; contrà A. Laurent dans Clunet, 1895, pp. 268 et suiv.

occupé des actes faits en France entre Français [1]. Le point de vue international lui est resté entièrement étranger. Mais dans le silence de la loi le raisonnement nous dit fort clairement que la disposition de l'art. 199 a été écrite pour assurer son efficacité à cette institution du mariage civil sur laquelle repose, depuis la Révolution, la famille française. Or le législateur français n'a à se préoccuper ici que de la famille française : les mariages des étrangers lui sont indifférents, et la façon dont ils peuvent être célébrés sur son territoire ne peut compromettre en rien l'ordre qu'il a entendu établir. On n'aperçoit donc aucune raison d'annuler le mariage religieux contracté en France devant un ministre du culte étranger ou français par des étrangers à ce autorisés par leur statut personnel. Ce mariage devrait être considéré comme civilement valable, alors même que le ministre du culte tomberait sous l'application des art. 199 et 200 code pénal. Et ce second point nous paraît également fort douteux. Le prêtre n'est puni que pour avoir prêté son ministère à un acte illicite. Si le mariage qu'il a célébré est valable, les menaces de la loi pénale n'ont plus aucune raison de se réaliser [2].

261) Nous avons parcouru jusqu'ici un certain nombre de catégories de lois sur la forme des actes, dont la der-

[1] Il n'est pas inutile de faire remarquer combien est faible et insignifiante l'argumentation si souvent employée en droit international et qui consiste à spéculer sur l'intention du législateur. En règle générale, toujours, on peut le dire, le législateur pense à ses affaires intérieures et nullement aux relations internationales susceptibles de mettre en question l'application de la loi qu'il édicte. D'intention à cet égard il n'en a aucune, voilà la pure vérité. Aussi la valeur de cette méthode, déjà bien souvent douteuse en droit intérieur, est nulle dans notre science.

[2] Dans une affaire de divorce récente, la Cour de Paris a décliné toute compétence parce qu'il s'agissait d'israélites russes dont le divorce ne peut être prononcé que par l'autorité religieuse (Paris, 19 mars 1902, Cl. 1903, p. 342). Elle a donc dans la circonstance fait céder la règle *locus regit actum* devant le statut personnel des époux au procès. La séparation des intérêts religieux et civils lui a paru entraîner cette conséquence. Cette raison est éminemment respectable, mais comment n'induit-elle pas la Cour de Paris à refuser le divorce aux époux français catholiques ?

nière seule est comprise dans le domaine de la règle *locus regit actum,* encore, on peut le dire, en vertu d'une sorte d'exception motivée par des circonstances de fait et quoique l'empire des principes recommande plutôt ici la compétence du statut personnel.

Si nous passons de là à la dernière classe de formes, à celles qui sont requises, non point pour conférer à l'acte sa validité et aux droits des parties leur existence, mais simplement *ad probationem,* pour en assurer la conservation et la preuve devant les tribunaux, nous entrons dans le domaine propre et incontesté de la règle *locus regit actum.* Le droit positif sur ce point n'est pas douteux, et l'on cite avec raison la règle comme exemple de principe ayant acquis, par la force d'une coutume internationale constante, une autorité générale. Reste à expliquer cette autorité. Nous rencontrons ici une difficulté analogue à celle qui arrêtait nos anciens auteurs, lorsqu'ils s'efforçaient de faire rentrer les lois sur la forme des actes dans leur distinction des statuts réels et personnels.

La seule doctrine qui explique aisément ici la compétence de la loi du lieu où l'acte est fait est la doctrine de Savigny. Cette compétence est conforme à la nature des choses. Cette raison dispense de toute autre explication. Il est vrai que l'on pourrait tout aussi bien soutenir que la nature des choses commande l'application aux formes de l'acte de la loi du tribunal devant lequel sont agités les droits des parties. On peut tout soutenir en se référant à la nature des choses, et cela ne coûte rien de plus qu'une simple affirmation. S'il était possible de démontrer que tout acte juridique est soumis à la loi du lieu où il est passé, notre règle trouverait dans cette démonstration son fondement théorique, mais cette démonstration n'a jamais été faite et l'école qui avait autrefois adopté cette formule ne trouve plus aujourd'hui de partisans.

Toutes les autres théories se résignent à admettre que notre règle n'a pas de fondement rationnel, qu'elle est

reçue et qu'elle mérite de l'être pour les avantages pratiques qu'elle procure. Soumettons, de notre côté, cette idée à l'examen et essayons de dégager la part de vérité qu'elle contient.

262) Quel est le but social de cette catégorie de lois sur la forme des actes ? La recherche sur ce point est difficile, parce que le but de ces lois est fort complexe. Elles intéressent à la fois l'État où l'acte est fait, celui auquel les contractants appartiennent et celui dont les juges auront à apprécier cet acte. Pour le premier, les formes à suivre dans les actes juridiques représentent un élément d'ordre. On ne concevrait pas qu'une législation se désintéressât complètement de ce point de vue et n'établît pas certaines règles quant aux formes qui devront être suivies dans les actes juridiques.

L'État auquel appartiennent les parties à l'acte a aussi son intérêt dans l'affaire. La nécessité d'observer des formes déterminées constitue pour ses sujets une protection moins accusée sans doute dans les actes non-solennels que dans les actes solennels, mais appréciable cependant. La certitude des droits particuliers en est augmentée, leur conservation mieux garantie : ce sont là des avantages que l'on ne saurait mépriser. Pour l'État, enfin, dont les juges statueront sur les droits des parties, il est d'un intérêt évident que l'emploi de formes obligées simplifie la tâche de ces juges et diminue les chances d'erreur qui les entourent. Il ne saurait être question d'exiger des parties qu'elles se soumettent à la fois à ces trois lois et que leurs actes répondent, sous ce rapport, à de triples exigences. Il faut choisir et, entre ces trois législations concurrentes, faire prévaloir, conformément à notre méthode, celle dont l'intérêt est le plus direct et le plus certain.

263) Cette loi est, sans contredit, la *lex fori*, la loi du juge qui sera appelé à se prononcer sur les droits des parties. C'est, en effet, en vue d'une meilleure administra-

tion de la justice que ces formes, qui intéressent la preuve des actes juridiques, sont d'abord organisées. Nous en avons pour garants leur nom même et cette circonstance que, lorsqu'il n'y a pas de contestation, leurs exigences perdent toute rigueur. C'est ainsi que les lois sur la nécessité d'une preuve écrite perdent toute autorité en cas d'aveu, c'est-à-dire quand les parties sont d'accord sur le fait et, en cas de serment, lorsque l'une d'elles déclare s'en rapporter à la foi jurée de l'autre.

Les principes seraient donc ici pour la compétence de la *lex fori,* mais les principes conduiraient alors à une solution impossible. Le for n'est connu que lorsque le procès est engagé, et, au moment où est passé l'acte juridique d'où résultent les droits des parties, celles-ci ne peuvent pas savoir devant les tribunaux de quel État elles auront à porter, le cas échéant, leur contestation. Elles ne connaissent pas la loi du for, elles ne peuvent donc pas la suivre. Que, dans de telles circonstances, la pratique ait fait prévaloir la compétence de la loi du lieu où l'acte est passé, c'est un fait auquel on ne peut qu'applaudir, mais c'est un fait, une solution de pur droit positif justifiée par sa commodité et aussi par l'impossibilité où l'on se trouve de se conformer à la loi dont la compétence correspondrait le mieux à la nature des lois sur la forme des actes [1].

264) A la vérité, d'après la jurisprudence française, la règle *locus regit actum* aurait une tout autre portée. Les lois sur la forme représenteraient dans chaque pays un ordre nécessaire, dont le respect s'imposerait aux étran-

[1] La pratique est allée parfois plus loin. Le tribunal supérieur de Papeete (20 septembre 1898, Cl. 99, p. 595, cf. Haute Cour de justice d'Angleterre, 26 janvier 1898, Cl. 98, p. 772) admet que dans une colonie où les lois françaises n'ont pas été promulguées et où il n'existe pas de loi locale, un testament peut être fait sous une forme quelconque et notamment suivant les formes de la loi nationale du testateur.

gers aussi bien qu'aux nationaux[1]. De là le caractère obligatoire de la règle que de nombreux arrêts ont affirmé contrairement à l'opinion de la majorité de la doctrine. Il y a une part de vérité et une part d'erreur dans ce sentiment. Cela est vrai des lois de procédure *(ordinatoria litis)* par cette raison déjà alléguée plus haut qu'il ne saurait y avoir deux procédures différentes pour une même affaire dans un même pays. La *lex fori* qui est, en pareil cas, la *lex loci actus* a ici à la fois une compétence rationnelle et une compétence nécessaire. Depuis Bartole qui a posé le principe, ce point ne fait pas de difficulté. Mais lorsqu'il s'agit d'actes juridiques ne tenant pas à la procédure, il n'en est plus de même. Les formes exigées dans un pays n'y représentent pas un principe d'ordre nécessaire. S'il en était ainsi, on ne s'expliquerait pas que les exigences de la loi ne fussent pas absolues, qu'elles admettent des tempéraments (qu'en matière de commerce, par exemple, on soit beaucoup moins rigoureux qu'en matière civile), qu'elles souffrent des équivalents, des substitutions. C'est, en réalité, le contraire du caractère absolu d'un principe d'ordre, et les obligations imposées aux parties semblent conçues bien plutôt dans leur intérêt particulier que dans l'intérêt public. Si donc des raisons d'utilité n'avaient pas fait recevoir une règle plus douce, les principes tendraient plutôt à commander l'observation de la loi nationale des parties. Cette considération n'est pas demeurée sans influence sur la doctrine : elle a contribué à faire reconnaître le caractère facultatif de la règle *locus regit actum.*

265) C'est une grosse question que celle-là, et si l'on fait le compte des suffrages, il n'est pas douteux que la

[1] Une opinion semblable a été soutenue par M. Buzzati dans sa monographie *L'autorità delle leggi straniere relative alla forma degli atti civili*. Cette opinion est, comme on sait, fort répandue en doctrine. Elle nous paraît avoir exagéré quelque peu la correspondance indéniable existant entre les particularités de l'état social de chaque peuple et ses lois sur la forme des actes.

grande majorité des auteurs admet les parties à se servir des formes autorisées par leur loi nationale commune ou par leurs lois respectives, si celles-ci sont assez semblables pour pouvoir être observées en même temps. Au point de vue de la législation française, cette tolérance trouve un fort argument dans la disposition de l'art. 999 code civil, qui permet au Français de faire à l'étranger son testament en la forme olographe française[1]. Au regard de la science on la base, en général, sur la tradition historique qui lui était favorable et sur des raisons de convenance. Pourquoi priver les étrangers de suivre, à titre de faculté, une loi à laquelle ils seraient tenus de se soumettre s'ils étaient restés dans leur pays? N'y a-t-il pas quelque chose de contradictoire à retourner contre ces personnes un droit introduit en leur faveur, en les liant à une loi dont on leur a permis de suivre les prescriptions pour faciliter l'accomplissement des actes juridiques qu'elles passent à l'étranger? Quel est l'inconvénient de cette tolérance? Rendre un peu difficile le jugement du point de savoir si un acte est régulier en la forme. Le mal n'est pas si grand qu'il doive faire rejeter ici la compétence des lois nationales. Notre raisonnement sera un peu différent. La règle *locus regit actum* qui vient ici, dans un but d'utilité, créer une loi de compétence que l'on peut qualifier d'artificielle, a pour effet de dépouiller les principes de leur autorité mais non pas de leur raison d'être. A défaut de la *lex fori* inapplicable, la loi nationale des parties a une compétence certaine dans une matière touchant d'aussi près à la protection de leurs intérêts individuels. Les formes de la loi nationale pourront donc être employées, non pas en vertu d'une tolérance nouvelle, mais par un retour aux principes.

[1] Mais la jurisprudence française, cédant une fois de plus à sa préférence pour la loi française, hésite beaucoup à admettre les étrangers à tester en France suivant leur forme olographe nationale. Cf. Cass., 29 juillet 1901, S., 1903-1-73, et la note de M. Naquet.

Il est superflu d'ajouter que ce recours à la loi nationale ne se conçoit que lorsqu'il est matériellement possible. Il y aura, en outre, pour les tribunaux une question d'appréciation dont une espèce récente a montré la difficulté. S'il est loisible aux intéressés de se référer à leur loi nationale, ce n'est qu'autant qu'ils le veulent bien : l'un d'entre eux ne pourrait pas invoquer cette loi pour couvrir les irrégularités d'un acte fait suivant la *lex loci actus*. Il ne faut pas, en effet, que la facilité qui leur est donnée soit employée à couvrir la fraude[1].

266) Remarquons ici que le caractère facultatif de la règle *locus regit actum* a pour nous la même signification qu'il avait pour nos anciens auteurs. De même que ceux-ci, lorsqu'ils validaient par faveur un testament fait à l'étranger sous l'empire d'un statut local moins exigeant que le droit commun, n'entendaient nullement priver les parties du droit d'agir en conformité de ce dernier, de même ici, en approuvant la coutume qu'exprime la règle *locus regit actum,* nous ne prétendons pas destituer la loi nationale des intéressés de sa compétence rationnelle. Cette compétence n'est pas, sans doute, aussi claire dans le cas présent que dans d'autres domaines de droit, mais le caractère protecteur des lois de cette sorte demeure assez marqué pour que l'on permette au sujet de les invoquer à l'étranger. La règle *locus regit actum* est donc, d'après nous, facultative, et les parties gardent la ressource d'user des formes organisées par leur législation nationale dans la mesure où cet usage leur est matériellement possible.

[1] Cf. Cass., 14 juin 1899, S., 1900-1-225. L'affaire dans laquelle cet arrêt a été rendu a bien montré les inconvénients que peut présenter le caractère facultatif de la règle *locus regit actum*. Ce n'est pas trop exiger, ce semble, que d'obliger les intéressés à prouver qu'ils ont voulu se servir des formes autorisées par leur loi nationale, mais cette exigence a pour conséquence de rendre la loi nationale inapplicable à la preuve des actes consistant dans une simple tradition, par exemple aux dons manuels.

La jurisprudence professe sur ce point, comme on sait, un sentiment contraire[1]. En s'obstinant à ne considérer dans les formes des actes qu'un élément de certitude introduit dans les rapports entre particuliers, nos juges envisagent ces lois sous un point de vue trop étroit ; en élevant ces lois au rang de lois d'ordre public, ils en exagèrent l'autorité et lui donnent un caractère absolu qu'elles ne possèdent même pas dans les rapports purement intérieurs. Ils commettent en cela une faute contraire à celle que nous leur avons maintes fois reprochée et qui consiste à comprendre dans le domaine de l'autonomie ce qui appartient sans partage à l'empire de la loi.

267) Une dernière question doit être vidée ici. Que des personnes se trouvant à l'étranger puissent, pour les actes qu'elles entreprennent, user des formes autorisées par la loi locale, cela n'est point douteux, mais pourraient-elles se rendre à l'étranger précisément pour jouir d'une facilité plus grande dans la célébration de l'acte qu'elles veulent accomplir et échapper aux exigences, jugées par elles tyranniques, de leur loi nationale ? Ou, au contraire, serait-on en droit d'attaquer l'acte ainsi fait pour fraude à la loi ? La question, remarquons-le, est beaucoup moins grave que celle qui se pose lorsque des personnes vont passer un acte en pays étranger pour se soustraire à de véritables empêchements, à des conditions de fond qui eussent rendu complètement impossible l'acte qu'elles projettent. Ceux qui, avant la modification de la loi écossaise, allaient prendre le légendaire forgeron de Gretna-Green pour témoin de leur union, n'agissaient ainsi que pour n'avoir pas à justifier du consentement de leurs parents, et les Autrichiens qui allaient divorcer et se remarier à Klausenbourg ne songeaient qu'à secouer le joug d'une union indissoluble.

Ces hypothèses ne nous occupent point ici, et il s'agit

[1] V. les autorités citées dans la note de M. Naquet sous Cass., 29 juillet 1901, S., 1903-1-73, et notre note sous Cass., 14 juin 1899, précitée.

simplement de personnes allant chercher à l'étranger des formes plus commodes pour l'acte juridique qu'elles ont résolu d'accomplir. En soi-même le mal n'est pas grand et, sans doute, il n'aurait pas attiré l'attention si la fraude n'était pas fréquente, facile à prouver et si elle ne concernait pas régulièrement le plus grave de tous les actes civils. C'est l'hypothèse classique de personnes qui passent la frontière, se marient à l'étranger et rentrent dans leur patrie, démontrant ainsi, par le fait, qu'elles ne se sont mariées à l'étranger que pour ne pas se marier chez elles. La jurisprudence française n'a jamais réprouvé cette façon d'agir. Elle a admis ces personnes à bénéficier de la disposition de l'art. 170 code civil, à condition d'avoir fait en France les publications requises par la loi, encore sur ce point interprète-t-elle avec beaucoup de bienveillance le texte rigoureux, en apparence, de l'art. 170 et n'annule-t-elle le mariage que si l'omission des publications a eu pour résultat de le rendre clandestin. La forme n'est donc bien ici que l'accessoire ; ce que la pratique exige, c'est la publicité : or la publicité est une condition essentielle du mariage [1].

On est tenté de conclure de là que la règle *locus regit actum* n'admet pas l'exception que l'on tenterait de tirer de l'intention frauduleuse des parties. Cette solution est pourtant des plus contestées et, disons-le, des plus contestables. La règle *locus regit actum* fournit aux particuliers des facilités exceptionnelles, justifiées par l'intérêt du commerce international. Mais il importe au maintien de l'autorité des lois intérieures que l'on ne puisse pas, par fraude, se soustraire à leur empire. En pareil cas, il y

[1] Cette jurisprudence est très abondante. Parmi les décisions les plus récentes v. Trib. Seine, 9 août 1900, Cl. 1901, p. 154, et 21 juin 1900, Cl. 1902, p. 613. Cette nécessité de la publication en France d'un acte passé à l'étranger se concilie peu avec la règle *locus regit actum*. C'est une mesure préventive prise contre la fraude, et à ce titre elle doit être approuvée. On connaît la grosse controverse soulevée par les termes de l'art. 170. Elle n'intéresse pas la théorie du droit international privé.

a abus véritable, un abus que le droit international n'a nullement intérêt à sanctionner. Lorsque la fraude sera démontrée l'acte pourra être annulé. Ajoutons que, réserve faite du cas signalé au texte, la preuve de la fraude sera difficile, souvent même impossible, ce qui réduit singulièrement l'importance de la controverse[1].

268) Les lois sur la preuve touchent de très près à celles qui concernent la forme des actes, bien qu'à la vérité elles ne s'identifient pas avec elles, complètement au moins. La règle *locus regit actum,* qui autorise les parties à un acte à se servir des formes prescrites par la loi du lieu où elles se trouvent, signifie fatalement aussi que, pour la preuve de leurs droits respectifs, elles pourront invoquer cette même loi *lex loci actus*. S'il en était autrement, la règle ne signifierait plus rien du tout. Donc c'est la loi de ce lieu qui décidera si un acte écrit devait être dressé, à quelles conditions il faudra qu'il ait satisfait, quel degré de preuve il emporte au profit de ceux qui se prévalent de ses énonciations. Cette même loi déterminera également à quelles autres preuves il est permis de recourir en cas de défaut d'écrit, si un commencement de preuve par écrit peut autoriser l'ouverture d'une enquête, si l'aveu est admissible ou encore le serment, quelles présomptions résulteront, s'il y a lieu, du silence des parties. Ces diverses conséquences sont toutes contenues dans la portée pratique de la règle *locus regit actum*. En disant qu'au point de vue de la forme de l'acte les parties peuvent invoquer la loi du lieu où il est fait, on décide implicitement que tout

[1] La majorité de la doctrine actuelle se prononce contre l'opinion énoncée au texte. En ce sens Waechter (*Archiv*, II, pp. 413-415) qui étudie avec un soin particulier cette question ; Schaeffner (*Entwickelung*, p. 107); Savigny (*loc. cit.*, pp. 353 et suiv.); de Bar (t. I, p. 350) ; Wharton (§ 695, p. 634); Phillimore (t. IV, p. 496) ; Asser et Rivier (*Éléments*, p. 62); Weiss (*Traité élémentaire*, pp. 256 et suiv.), Audinet, p. 266, Buzzati (*loc. cit.*, pp. 154 et suiv.). En notre sens Fœlix (t. I, p. 178); Laurent (t. II, pp. 432 et suiv.); Chrétien (*La lettre de change en droit international privé*, p. 70); Despagnet, pp. 354 et suiv.

ce qui concerne la preuve de leurs droits sera soumis à la loi de ce même lieu. Nous dirons pareillement que, lorsque les parties sont autorisées à user des formes prévues par leur loi nationale, elles peuvent aussi recourir aux modes de preuve admis par cette même loi, s'il est démontré qu'elles ont entendu s'y soumettre. Cette restriction est nécessaire ; s'il est possible de donner aux particuliers le choix entre deux formes également applicables à leur acte, il ne ressort pas de là que devant la justice ils aient le choix entre deux systèmes de preuve. Cette facilité ne servirait qu'à mettre un contractant à la merci de la mauvaise foi de son adversaire.

269) Tout ce qui concerne l'admissibilité de la preuve et sa force est donc du ressort de la loi du lieu où l'acte a été passé (ou de la loi nationale le cas échéant), la matière de l'administration des preuves appartient, au contraire, à la *lex fori*. C'est une face de la compétence de la *lex fori* en matière de procédure. Si donc une procédure en vérification d'écriture doit être suivie, si une enquête est faite, un serment reçu, un interrogatoire des parties ordonné, ces diverses procédures ne pourront avoir lieu que suivant la pratique usitée devant la juridiction saisie. Il faut faire exception pour le cas où la preuve est recueillie à l'étranger par voie de commission rogatoire; c'est alors la procédure du lieu où siège le juge, agissant en vertu de cette commission, qui sera suivie.

Cette distinction fondamentale entre l'admissibilité de la preuve et son administration n'est pas sans susciter quelques difficultés sur les points qui servent, en quelque sorte, de frontière à ces deux domaines, par exemple dans la matière de l'incapacité ou de la récusation des témoins. Nous ne nous occuperons pas de ces questions particulières.

270) Les notions qui précèdent ne sont rien autre que le développement de la règle *locus regit actum* et ne con-

cernent, comme cette règle elle-même, que les faits ayant dès l'origine un caractère juridique : ce sont là des actes que régit la loi du lieu, actes tantôt volontaires comme une vente ou un testament, tantôt obligatoires comme sont les actes de l'état civil (art. 47 code civil). Mais ces actes ne sont pas seuls à considérer. Certains faits purement matériels peuvent emporter des conséquences juridiques et donner lieu à des procès au cours desquels des questions de preuves se présenteront. Cela arrive soit en vertu d'une obligation légale comme celle qui résulte des délits ou des quasi-délits, soit parce que la loi transforme en rapport légal le rapport naturel établi par ce fait entre deux personnes (la filiation maternelle est ainsi le résultat de la naissance), soit encore par l'effet d'une présomption attachée par la loi à ce fait. L'accouchement d'une femme légitime donne naissance à la présomption *pater is est* au profit de l'enfant. La remise du titre fait présumer (avec une force plus ou moins grande suivant les cas) la libération du débiteur.

Dans les cas de cette sorte la question de preuve acquiert une importance qu'elle ne possède nulle part ailleurs. Le droit est la conséquence d'un fait : si ce fait n'est pas établi, le droit n'existera jamais. La preuve est donc ici, par la force même des choses, la condition de l'existence du droit, elle se confond avec lui et doit être régie par la loi compétente au regard du droit lui-même. Cette identité ne fait pas question en ce qui concerne la filiation. Qu'est-ce que les lois sur la filiation? Ce sont des lois organisant un certain nombre de preuves de l'état d'enfant légitime ou naturel, fournissant des présomptions en cas de nécessité, réglant les objections qui pourront être faites. Personne n'a jamais prétendu appliquer à cette matière la loi du lieu de la naissance de l'enfant : c'est de sa loi nationale que tout cela dépend. La loi compétente en matière d'état des personnes est compétente, même relativement aux preuves qui serviront à établir cet état.

Il n'en est pas autrement ailleurs. Lorsqu'un délit a été

commis, la loi du lieu où le fait délictueux s'est accompli gouvernera la preuve de ce fait. Mais doit-on voir ici une application de la règle *locus regit actum ?* Nous ne le pensons pas. Les mêmes raisons d'ordre public, qui veulent que la faute et le dommage causé soient appréciés d'après la loi du lieu théâtre de l'accident, demandent aussi que la preuve de ce fait soit administrée suivant ces mêmes lois. La garantie de la victime ne serait pas complète si les exigences d'une loi étrangère pouvaient rendre impossible la preuve de son droit. La compétence de la loi locale ne répond pas ici comme dans les applications de la règle *locus regit actum* à une question de commodité, elle répond à une véritable nécessité sociale, et on ne saurait parler d'attribuer un caractère facultatif à cette compétence. Elle est obligatoire et exclusive.

Dans l'exemple de la remise du titre de la dette faite par le créancier au débiteur il en sera, à notre avis, encore de même. Le sens de cette remise, les conséquences que l'on est en droit d'y attacher dépendent du droit qui régit l'obligation, lorsqu'il s'agit d'une remise établissant une présomption simple de libération (comme chez nous la remise de la grosse d'après l'art. 1283 code civ.), mais si d'après la loi du lieu où elle est faite, cette remise entraîne une présomption absolue, cette loi basée sur des motifs d'ordre public prévaudra.

271) La conséquence de ces observations est celle-ci : il ne suffit pas, en matière de preuve, de faire la distinction classique entre l'admissibilité de la preuve et son administration. Il faut distinguer en outre entre les actes juridiques et les faits purs et simples d'où résultent des conséquences juridiques. L'acte juridique, produit d'une volonté consciente de la valeur légale de l'acte accompli, bénéficie de la maxime *locus regit actum,* ce qui implique la faculté d'en faire la preuve suivant les lois du lieu où il est passé. Quant aux faits producteurs de conséquences juridiques, la règle *locus regit actum* leur demeure totale-

ment étrangère ; au point de vue de la preuve comme au point de vue du fond du droit ils restent sous l'empire de la loi juridiquement compétente, c'est-à-dire de la loi déterminée par le but social de l'institution juridique dont il s'agit.

272) Restreinte aux limites que nous avons essayé de préciser, la règle *locus regit actum* nous offre un bon exemple de réaction du droit positif sur le droit théorique. Réduite au seul secours de la théorie la science se débattrait, en matière de forme des actes, dans d'inextricables difficultés. La coutume internationale a fait prévaloir un régime plus commode et plus simple. On ne peut qu'approuver son action, mais on n'oubliera pas que cette intervention du droit positif n'a été acceptée ici que parce qu'il s'agit de lois d'un pouvoir obligatoire assez faible et entre lesquelles on peut opérer des substitutions arbitraires sans nuire sensiblement aux intérêts en présence. On s'illusionnerait en pensant qu'un travail semblable pourrait être tenté avec succès dans un autre domaine du droit[1].

Par le nombre et l'importance des questions qu'elle suscite la règle *locus regit actum* est digne de l'examen le plus approfondi, mais ces questions appartiennent au droit positif plus qu'à la théorie. Nous nous bornerons donc à la brève analyse que nous venons de présenter.

[1] Nous ne reviendrons pas ici sur le point de savoir si une personne peut être empêchée par sa loi nationale du droit d'user à l'étranger des formes reconnues par la loi locale, cette question ayant été examinée antérieurement.

QUATRIÈME PARTIE

LES DROITS ACQUIS AU POINT DE VUE INTERNATIONAL

CHAPITRE XVII

Théorie des droits acquis.

273. Position de la question. — 274. Son aspect particulier. — 275. Exemples : gens mariés, contrat, propriété mobilière corporelle. — 276. Observation à laquelle ces exemples conduisent. — 277. Indépendance de notre question d'avec celle des conflits; impossibilité de les confondre. — 278. Différences qui séparent la théorie des droits acquis en droit international de la même théorie en droit interne. — 279. La question des droits acquis inconnue des anciens jurisconsultes statutaires ; motifs. — 280. Exemple tiré de la controverse sur l'effet de la communauté coutumière. — 281. Exemple tiré de la discussion sur la forme des actes. — 282. Auteurs modernes ayant aperçu la question des droits acquis en droit international. — 283. Solution de la question; respect international des droits acquis à l'étranger. — 284. Intérêt de l'État à cette solution. — 285. Exception à la loi du respect des droits acquis ; *a*) absence dans la législation de l'État d'un droit analogue au droit acquis à l'étranger. — 286. *b*) Exécution du droit acquis contraire à l'ordre public de l'État. — 287. L'ordre public en matière de droits acquis. — 288. Applications de la règle

273) L'ordre adopté dans nos études nous conduit maintenant à étudier la troisième grande question dont le droit international privé ait à rechercher la solution, la question de l'effet international des droits acquis.

Comment se formule cette question, nous le savons déjà. Un droit étant supposé acquis régulièrement dans un pays, c'est-à-dire conformément à la loi en vigueur dans ce pays, on se demande si l'on peut invoquer l'existence de ce droit et lui faire produire ses effets dans un autre pays. L'existence de ce droit doit-elle être considérée comme limitée à l'État sur le territoire duquel il a pris naissance, ou bien devra-t-elle être reconnue dans un autre État quelconque, et le gouvernement de cet État sera-t-il tenu, le cas échéant, de prêter au titulaire de ce droit l'appui de la force publique pour lui assurer la jouissance des avantages que ce droit comporte ? S'il en est ainsi, et si un droit régulièrement acquis doit être respecté en tout lieu, dans quelles limites ce principe de respect sera-t-il contenu et par quelles justes exceptions faudra-t-il le modérer ?

Tels sont les termes exacts de cette nouvelle question. Nous avons montré dans un chapitre précédent[1] combien elle diffère, soit de la question des droits des étrangers, soit des questions de conflit. Qu'il nous suffise de rappeler que ces trois problèmes se rapportent à trois moments

[1] Voy. chap. II, Objet du droit international privé.

tout à fait distincts dans l'existence d'un droit : le premier correspondant à l'aptitude générale à exercer le droit, le second aux conditions de cet exercice, le troisième à ses effets. Par rapport à l'acquisition du droit, moment essentiel et qui se traduit dans l'ordre international par les conflits de lois, la condition des étrangers joue le rôle d'une condition préalable, l'effet des droits acquis celui d'une conséquence directe.

274) Faut-il maintenant justifier la place séparée donnée à cette troisième catégorie de questions dans notre théorie ? Il suffit, à ce qu'il semble, de démontrer, comme nous l'avons fait, qu'une question diffère totalement d'une autre par ses éléments pour justifier cette méthode. Les difficultés que peut présenter dans un pays l'effet d'un droit acquis dans un autre pays supposent, par définition, que ce droit a été acquis, qu'il existe : il n'en faut pas davantage pour les distinguer des conflits, car ceux-ci supposent, au contraire, qu'un doute existe sur la loi compétente et, par suite, sur la régularité du droit soumis à l'appréciation des juges. Comme nous l'avons dit, loin de se confondre, ces deux séries de questions s'excluent l'une l'autre, et pour que celles qui vont nous occuper se présentent à l'esprit, il est nécessaire que celles qui se rapportent aux conflits aient été définitivement résolues. On ne discute sur les effets d'un droit qu'autant que l'on est certain de son existence. Insistons cependant : une méthode nouvelle a besoin de se justifier dix fois pour acquérir droit de cité, et comme il serait fastidieux de refaire une analyse déjà présentée, montrons par quelques exemples ce qui fait la physionomie particulière de nos questions.

275) Ces exemples n'ont rien de rare et c'est à la pratique la plus courante, à la jurisprudence la plus fermement établie que nous les emprunterons.

1° Deux époux étrangers, mariés dans leur pays, vivent

en France et portent devant nos tribunaux une contestation qui a surgi entre eux. Nul doute que nos juges ne reconnaissent leur qualité d'époux et ne leur appliquent la loi propre aux gens mariés quant au droit faisant l'objet de leur contestation. Le choix de cette loi pourra donner lieu à un doute, mais ce dont aucun juge ne doutera, c'est que les plaideurs doivent être considérés comme des gens mariés et non pas comme des personnes libres du lien conjugal. En vertu de quel principe cette reconnaissance a-t-elle lieu ? En vertu de la personnalité des lois qui concernent la célébration du mariage ? En aucune façon, et pour deux raisons : 1° parce qu'il ne s'agit pas de marier ces personnes et de se demander à quelle loi la célébration de leur union est soumise ; 2° parce que les règles concernant ce grand acte de la vie civile sont essentiellement territoriales. Le mariage est partout ou presque partout un contrat solennel assujetti à des formes strictement territoriales, et qui exige le ministère d'un officier public radicalement incapable d'exercer ses fonctions en dehors du territoire de l'État qui les lui a confiées. Les lois gouvernant l'acte d'où résulte la qualité d'époux seraient donc réelles au moment où on les applique et personnelles une fois appliquées. On saisit aisément l'absurdité de cette construction !

2° Un contrat est conclu dans un pays et y devient parfait par la volonté des parties contractantes. Nul doute que ce contrat puisse être ramené à exécution dans un autre pays moyennant l'accomplissement de quelques formalités très simples. Est-ce à dire que le principe de la souveraineté du consentement soit un statut personnel ? Dumoulin n'hésitait pas à l'affirmer, l'affirmerons-nous après lui ? Peu d'auteurs de nos jours consentiraient à le faire : il est, en effet, de doctrine courante que le principe de l'autonomie de la volonté n'est ni personnel, ni réel ; il est en dehors de ces deux célèbres catégories. Comment expliquer alors que son effet se développe, sans distinction de territoires, dans tous les lieux où il importe

aux parties intéressées de s'en prévaloir. Ce n'est pas, sans doute, en vertu d'une qualité propre à l'autorité de cette loi. La reconnaissance de l'autonomie de la volonté n'est pas une loi au sens propre du mot, elle n'a pas d'autorité, elle exprime simplement l'intention du législateur de placer hors de sa puissance les rapports dont il s'agit. Ce n'est pas davantage parce que ce principe est accepté partout. Cette circonstance particulière fait que les individus pourront, en tout lieu, arrêter librement leurs conventions ; elle ne peut pas faire à elle seule qu'un contrat, conclu dans un lieu et sous la garantie d'un législateur déterminé, soit réputé valable dans un autre lieu placé sous la garantie d'un législateur différent. Ici encore, on le voit, on ne saurait invoquer la personnalité de la loi pour expliquer l'effet extraterritorial des actes passés sous son égide. De bons auteurs sont tombés dans cette confusion pour avoir suivi de trop près le sentier frayé par nos jurisconsultes anciens. Nous nous garderons de les imiter. Sans doute il existe un principe ou mieux une nécessité sociale en vertu de laquelle ces résultats s'expliquent, mais ce principe n'est nullement celui de la personnalité des lois.

3° Un Français voyageant à l'étranger se voit contester la propriété d'un objet mobilier qu'il a acquis en France et emporté avec lui (son portemanteau si l'on veut). Il se trouve obligé de faire la preuve de sa propriété. Comment y parviendra-t-il ? En alléguant son acquisition et en citant la règle *en fait de meubles possession vaut titre*. Nous ne ferons pas au juge étranger l'injure d'admettre qu'il laissera le demandeur achever sa démonstration : il s'empressera certainement de lui faire restituer sa propriété. Mais en vertu de quel droit? L'acquisition a été opérée en France et, à l'égard des tiers, la propriété existe en vertu d'une maxime de crédit public qui compte, sans aucun doute, parmi les lois de statut réel. Comment se fait-il qu'une loi française, dont l'autorité ne dépasse pas les frontières de la France, puisse cependant et doive être

appliquée à l'étranger? Serait-elle à la fois réelle et personnelle? Personne ne l'a prétendu jusqu'ici : au surplus, nous savons fort bien qu'il est impossible de maintenir à la loi, dans les rapports internationaux, cette double qualité. On ne peut pas prétendre l'appliquer à la fois aux étrangers en France et aux Français à l'étranger. Ici encore il faut donc quelque chose d'autre que la simple théorie des lois personnelles ou réelles pour expliquer ces phénomènes.

276) Ces trois exemples suffisent et il est évident que l'on pourrait en citer un plus grand nombre, car il n'est pas de rapport qui, parvenu à un certain degré de développement, ne donne naissance à des droits acquis et ne puisse faire surgir la question de leur effet international. La leçon qui s'en dégage nous paraît fort nette. Elle se résume dans une alternative à laquelle on n'échappera pas : il faut admettre ou bien que le mot personnalité a deux sens, qu'il signifie la propriété qu'a une loi de suivre à l'étranger la personne soumise à son autorité, qu'il désigne, en outre, l'effet extraterritorial des droits régulièrement constitués, ou bien que ce n'est pas en vertu de la personnalité des lois que ce dernier effet se produit. Entre ces deux partis l'hésitation n'est même pas possible, car si l'on attribue à la personnalité ce double effet, il faut concéder en même temps que les lois les plus certainement territoriales sont en un sens personnelles. On aboutirait ainsi à priver de tout sens cette antique et célèbre distinction.

277) Il faut maintenant insister sur ce point que les questions relatives à l'effet international des droits acquis sont entièrement indépendantes des conflits que les rapports de droit peuvent susciter, et existeront même parfois dans des hypothèses où il n'y a jamais eu, où il n'y aura jamais trace de conflit. Deux personnes se marient dans le pays auquel elles appartiennent comme sujettes et

dans lequel elles ont à la fois leur domicile, leur résidence et tous leurs intérêts pécuniaires. Voilà, certes, une union de caractère strictement intérieur et à l'occasion de laquelle aucun doute ne saurait surgir quant à la loi à appliquer, aucun conflit par conséquent. Est-ce à dire que ce mariage ne soulèvera jamais de question internationale ? Nullement; il suffit que ces époux se transportent à l'étranger pour que la reconnaissance de leur qualité de gens mariés puisse rencontrer des obstacles. L'époux est un prêtre catholique par exemple, et dans le pays où les conjoints se sont transportés la législation ne permet pas aux prêtres catholiques de contracter un mariage valable. Le juge devra-t-il cependant attribuer à cet époux le bénéfice de sa qualité? Il ne peut pas être question ici, remarquons-le une fois de plus, de contester la validité de ce mariage : au moment où il a été célébré les prescriptions de la *lex fori* ne lui étaient certainement pas applicables, elles n'existaient pas quant à lui. Il s'agit de savoir si ce mariage, incontestablement régulier à son origine, aura son effet dans un pays étranger et si les époux seront admis à s'y prévaloir du droit qu'ils ont acquis.

Il est possible également que la difficulté qui nous occupe soit consécutive à un conflit. La même espèce va, au moyen d'une légère modification de l'hypothèse, nous fournir un exemple de cette complication. Dans le pays où les époux résident au moment où le procès s'engage, il est certain qu'un prêtre catholique ne peut pas contracter un mariage valable. Dans celui où le mariage a été célébré la règle contraire est tout aussi certaine.

Mais (à la différence de l'hypothèse précédente) l'époux est sujet de l'État où le procès s'engage et la prohibition fait partie de sa législation nationale. Une double question va surgir : le mariage a-t-il été valablement contracté? N'est-il pas nul par suite de l'incapacité de l'époux? En le supposant valable, peut-il avoir son effet sur le territoire où cet effet est demandé ? Il est aisé de voir que ces deux

questions ne rentrent nullement l'une dans l'autre. Si l'on considère les conséquences civiles de l'engagement dans les ordres sacrés comme comprises dans les lois d'ordre public de l'État, on devra se prononcer pour la régularité de l'union, car la loi d'ordre public qui permet un acte à une personne le permet à un étranger comme à un national. En même temps on sera porté à refuser à ce mariage ses effets sur le territoire, en alléguant qu'un acte passé à l'étranger ne peut pas recevoir à l'intérieur une exécution jugée contraire à une loi d'ordre public. On voit que ces deux questions sont différentes et le bon sens indique que celle qui concerne la régularité de l'acte doit être tranchée avant celle qui se rapporte à son effet.

On verra peut-être dans cette analyse une complication inutile. Cette critique ne serait pas exacte, car, bien souvent, il est, au contraire, fort intéressant de savoir si le refus de donner effet à un droit vient de l'irrégularité de son origine ou d'un obstacle existant à son exécution. Il suffit, pour s'en apercevoir, de supposer l'action mise en mouvement non plus par les époux eux-mêmes, mais par les enfants issus de leur union. S'agit-il d'une irrégularité d'origine, d'un défaut de capacité, par exemple, elle pourra être opposée aux enfants qui en sont issus (réserve faite de l'application possible des règles du mariage putatif) ; est-ce une question d'effet du mariage et de respect du droit acquis, l'obstacle, qui se serait opposé à ce que l'on reconnût aux parents la qualité d'époux, ne sera souvent pas opposable aux enfants qui se bornent à invoquer la validité incontestable de l'union servant de base à leur filiation et ne cherchent pas à faire produire à ce mariage ses effets sur le territoire étranger. Les développements qui précèdent suffiront, je pense, à montrer que, sous aucun prétexte, on ne saurait confondre avec les conflits les questions concernant l'effet des droits acquis à l'étranger. L'intérêt pratique de la distinction se manifestera mieux encore dans le cours ultérieur de nos explications.

278) Dans le domaine du droit international privé nos questions ont donc droit à une place particulière, mais ce serait exagérer de les représenter comme isolées et sans rapports avec certaines théories juridiques déjà organisées et connues. On parle souvent de droits acquis en législation intérieure, et toute promulgation d'une loi nouvelle met en jeu le principe de la non-rétroactivité des lois qui n'est rien autre que l'application intérieure de l'idée de respect des droits acquis. Une parenté incontestable existe entre ces deux ordres de questions qui constituent l'expression d'une même nécessité sociale, la nécessité qu'il y a à ne pas faire de la loi un agent de désordre, une menace dirigée contre les situations légitimement acquises. Ajoutons immédiatement que la ressemblance ne va pas jusqu'à l'identité et qu'un rapport international ne se gérera jamais d'après les mêmes lois qu'un rapport purement national. Il existe entre eux, à notre point de vue, de grandes et nombreuses différences.

En droit intérieur, le principe du respect dû aux droits acquis n'est jamais qu'un point de législation intérieure. Il appartient au législateur qui l'a édifié de le modifier à sa guise, il pourra même, dans certains cas, le supprimer à ses risques et périls et donner un effet immédiat à la loi nouvelle. Il ne le fera pas en France, parce que l'expérience de la loi du 17 nivôse an II a été suffisamment probante, mais il pourrait le faire sans excéder ses pouvoirs. Et même si, comme autrefois chez nous, on élevait ce principe au rang de loi constitutionnelle, le droit ne changerait pas : seulement ce serait au pouvoir constituant, et non plus au pouvoir législatif, de le réglementer. Il en est tout autrement en notre matière ; le principe du respect des droits acquis ne peut y représenter qu'une obligation des États entre eux : or l'obligé ne peut pas, de sa propre initiative, s'affranchir du lien qui pèse sur lui.

C'est en vertu du respect international dû aux droits acquis que des créanciers ayant acquis leurs droits à l'étranger peuvent produire dans une faillite. Certains légis-

lateurs soucieux de favoriser leurs nationaux ont accordé, dans les faillites ouvertes sur leurs territoires, une préférence aux créanciers nationaux sur les créanciers étrangers. Ils ont manqué en cela au respect dû aux droits acquis et une loi semblable, dont on ne peut pas arrêter les effets sur le territoire, expose celui qui l'a portée à des réclamations diplomatiques ou à des mesures légitimes de rétorsion.

La théorie des droits acquis en législation intérieure consiste tout entière dans la distinction des droits acquis et des simples expectatives. En voici le sens. La loi nouvelle étant destinée à remplacer une loi ancienne jugée insuffisante et mauvaise, il est nécessaire d'éliminer progressivement l'action de cette dernière. On y parvient précisément en distinguant les droits acquis qui demeurent soumis à l'empire de la loi ancienne des expectatives, tenant à la fois de la simple espérance et du droit, qui admettent l'application immédiate de la loi nouvelle. Peu à peu, par le simple effet du temps, les droits acquis au moment du changement de législation disparaissent; la loi nouvelle devient alors la maîtresse incontestée des rapports qu'elle est appelée à régir. La distinction des droits acquis et des simples expectatives n'a pas de place dans la théorie internationale des droits acquis. Il n'y a pas là de loi qui disparaisse, pas de loi nouvelle que l'on désire substituer à une loi ancienne. Le principe de respect doit donc s'appliquer (s'il existe) à tous les droits nés à l'étranger sans distinction possible, suivant le plus ou moins de rigueur du lien qu'ils ont formé. Si à l'étranger un contrat a pu être conclu relativement à des droits dans une succession non ouverte, ce seront des droits acquis, encore que la vocation successorale soit réputée chez nous une simple expectative.

On peut signaler encore une différence entre les deux cas, elle a trait au rôle joué en cette matière par la considération de l'ordre public. Cette différence sera signalée ailleurs.

279) L'idée qu'un acte régulièrement accompli en un lieu peut produire ses effets et recevoir son exécution dans un autre lieu soumis à l'empire d'une loi ou d'une coutume différente n'est entrée pour rien dans les spéculations des jurisconsultes statutaires. Le fait peut paraître assez étonnant, si l'on réfléchit que l'une des questions qui leur étaient le plus chères et qu'ils discutaient avec le plus grand luxe de détails, la question de l'effet de la communauté coutumière, était de nature à n'être résolue que par un appel à ce principe. Nous connaissons cette question pour l'avoir déjà étudiée : montrons seulement ici comment nos anciens jurisconsultes, faute de l'avoir placée sur son véritable terrain, ne l'ont pas véritablement résolue.

280) La femme mariée en pays de communauté avait-elle sa part aux acquêts faits dans une province où la coutume était exclusive de communauté? Dumoulin, qui fut non pas peut-être le premier (car l'on cite de nombreux jurisconsultes de l'école de Bologne parmi ceux qui professèrent cette opinion), mais le plus illustre des défenseurs du droit de la femme, émit à ce sujet sa célèbre consultation de 1525 *(consilium 53)*. Froland[1] dit, à ce sujet, qu'il la résolut avec la confiance qui lui était assez ordinaire, et, en effet, si l'on se reporte à l'argumentation de Dumoulin, on remarque qu'elle se réduit à une pure affirmation : « Il n'y a nul doute, dit-il, qu'une société, comme tout contrat exprès ou tacite, embrasse les biens situés en tout lieu, sans différence, suivant les territoires... C'est la conséquence de ce que la société conjugale procède non pas de l'autorité de la coutume, mais du consentement des parties... il faut faire une différence entre l'effet direct de la coutume, qui est réel, et l'effet indirect qu'elle peut produire par l'expression de la volonté des parties. » D'Argentré n'avait pas tort de voir là des moyens proposés plutôt pour soutenir un procès que dans l'espérance d'y réussir.

[1] *Mémoires concernant la qualité des statuts*, t. I, p. 273.

Si l'on presse ce raisonnement, il apparaît qu'il se réduit à une pure affirmation : il n'explique nullement comment un droit acquis sous l'influence d'une coutume et en vertu de l'autorité qu'elle confère à la volonté des parties peut excéder les limites dans lesquelles l'autorité de la coutume elle-même est renfermée. Froland[1], au cours des longues confidences qu'il nous fait de ses incertitudes, nous montre bien la faiblesse extrême des raisons qui déterminaient la doctrine la plus libérale dans cette grave question. Ici, il nous parle de la faveur due au contrat de mariage qui est le plus sacré de tous les actes qui se font dans la société civile, de la bonne foi, de l'honneur et de l'équité qui demandent l'accomplissement des engagements pris, de ce que dans un combat entre la coutume de la situation et celle du lieu où la célébration du mariage a été faite, celle-ci doit l'emporter parce que la disposition de l'homme est plus forte que la disposition de la loi. Plus loin, il allègue que le contrat de mariage est un pacte consenti non pas seulement par les époux mais par leurs familles, il revient sur son caractère favorable, il montre l'inconvénient qu'il y aurait à laisser l'époux porter atteinte à ses conventions en acquérant des biens dans des lieux où elles n'auraient aucun effet. Enfin il se déclare touché par l'argument de Stokmans, d'après qui le mari doit être réputé avoir acquis à la fois pour sa femme et pour lui, ainsi qu'un préposé dans une société. Est-il besoin d'observer que ces raisons empruntées au pur droit intérieur n'ont aucune valeur entre lois ou coutumes différentes? Froland lui-même le reconnaissait parfaitement, car il nous dit quelque part qu'il ne conçoit pas très bien pourquoi on donne, comme le fait le parlement de Paris, la qualité de personnel au statut admettant la communauté entre mari et femme.

Nous devons à Bouhier et à Boullenois des essais de construction plus sérieux. Le président au parlement de

[1] Froland, *Mémoires*, t. I, pp. 93 et suiv., 186 et suiv., 198.

Dijon, partisan déterminé des idées de Dumoulin, les explique ainsi[1]. Il est de la nature du contrat de produire une action personnelle, et une action personnelle étend ses effets à tous les biens en quelque lieu qu'ils soient situés. Il ne néglige pas du reste de recourir lui aussi au caractère favorable du statut établissant la communauté. Il y a encore là une pétition de principes, car pour qu'une action née sous l'empire d'une coutume dépasse son territoire, il ne suffit pas qu'elle soit personnelle, il faut encore que les rapports existant entre coutumes différentes autorisent cette extension.

Boullenois[2] paraît avoir vivement senti l'imperfection de la doctrine de Dumoulin; il la repousse, mais se rallie aux mêmes conclusions. L'effet général de la communauté coutumière résulte, d'après lui, de ce que ce statut régit l'état et la condition des personnes. On pourrait en dire autant de tous les statuts possibles. La faiblesse de cette argumentation explique de reste et la division profonde de la doctrine touchant cette question et la longue hésitation des parlements et cette circonstance, jugée à bon droit étrange par Bouhier, que la même idée de personnalité n'ait jamais été appliquée à des questions connexes, celles du remploi des propres par exemple, du douaire coutumier ou encore de la renonciation tacite des filles mariées par mariage divis.

Il est aisé de voir que nos auteurs anciens se seraient épargné toutes ces difficultés en plaçant la question sur son véritable terrain, la détermination de l'effet sur un territoire des droits acquis en vertu d'un contrat tacite sur un autre territoire.

281) Un autre exemple plus topique encore et qui suffirait à lui seul pour dénoncer l'existence d'une lacune dans la doctrine nous est fourni par les lois sur la forme

[1] Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, pp. 458 et suiv., 502 et suiv., 510 et suiv.

[2] Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité*, pp. 731 et suiv.

des actes. A quelle catégorie appartiennent-elles? Cette question embarrassait fort nos anciens jurisconsultes. Les uns les considéraient comme réelles, ce sont ceux qui étaient frappés surtout par ce fait que dans un pays toute personne peut se servir des formes organisées par la loi locale. D'autres, considérant l'effet universel des actes réguliers en la forme, inclinaient à les dire personnels, d'autres enfin n'hésitaient pas à les placer hors de la distinction traditionnelle des statuts.

Boullenois, comme l'observe bien M. Lainé [1], a beaucoup hésité sur cette question. Il commence d'abord par déclarer que les statuts concernant la forme des actes ne sont pas des statuts personnels, parce qu'ils ne touchent pas à l'état et condition de la personne et parce qu'ils « ne se prennent pas » de la loi du domicile mais de celle du lieu où l'acte est passé. Plus loin, discutant l'opinion de Rodenburg au sujet des formes du testament, il s'élève à la fois contre leur personnalité et contre leur réalité, disant, en ce qui concerne cette dernière, qu'elle aboutirait à rendre un testament valable dans un lieu et nul dans un autre, et qu'aucune autre loi ne peut certifier la volonté de l'homme que celle du lieu où cette volonté a été exprimée, ce qui exclut, en matière de formes, la compétence de la loi du lieu où les biens sont situés. Dans un troisième passage enfin, Boullenois, adoptant l'opinion du scoliaste de M. François Perrier, se décide en faveur de la réalité [2]. Mais les raisons qu'il en donne sont tout à fait particulières et cette réalité n'est plus du tout celle que connaissaient les statutaires. Ce n'est pas parce qu'elles ont des immeubles pour objet que ces lois sont réelles, mais, d'après le scoliaste, parce qu'elles affectent et lient toutes les personnes qui testent dans le lieu où elles sont en vigueur et plus particulièrement, d'après Boullenois (et Burgundus),

[1] Lainé, *Introduction*, pp. 365 et suiv.

[2] Boullenois, *Traité des statuts réels et personnels*, t. I, pp. 34, 428 et suiv., 496 et suiv.

parce qu'observées elles assurent à l'acte son effet en tout lieu. Elles sont réelles, parce qu'elles affectent plutôt le contrat que la personne.

Il est curieux d'observer que l'une des raisons qui déterminent Boullenois à pencher vers la réalité décide Bouhier à se prononcer pour la personnalité de ces mêmes statuts [1]. De l'avis de l'auteur des *Observations*, ce sont des raisons d'utilité publique qui ont fait reconnaître la personnalité de semblables statuts : la première de ces raisons est que les actes valables en la forme sont censés valables partout. Ainsi voici une seule et même raison qui pour l'un sert de preuve à la réalité, pour l'autre à la personnalité d'un même statut. N'y a-t-il pas une leçon à tirer de ces disputes ? C'est que l'aptitude d'un droit acquis régulièrement à être invoqué en tout lieu appartient à tous les droits acquis sans distinction, entre ceux qui rentrent sous l'empire du statut réel et ceux qui sont du domaine du statut personnel.

Paul Voet voulut résoudre la difficulté à sa manière en ressuscitant pour les lois sur la forme des actes la vieille catégorie des statuts mixtes [2]. Ces lois sont réelles en ce qu'elles obligent sur le territoire les étrangers comme les regnicoles, elles sont personnelles parce que l'acte rédigé en conformité de leurs prescriptions jouit d'une autorité extraterritoriale. Il résolvait ainsi le problème insoluble de la conciliation de la réalité et de la personnalité, mais il n'y arrivait qu'en donnant à cette dernière un sens qui n'était pas le sien.

Du rappel de ces contestations il résulte bien que nos anciens jurisconsultes n'ont jamais fait une place particulière aux questions internationales que soulève l'effet des droits acquis. Ils s'obstinaient à les confondre avec les difficultés que produit la détermination de la loi appli-

[1] Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, t. I, pp 460 et 550.

[2] Paul Voet, *De statutis*, sect. IV, ch. II, n° 3.

cable au moment où le droit s'acquiert et s'efforçaient en vain de les faire rentrer dans la théorie des statuts. Mais une leçon plus haute s'en dégage également. Ces perpétuelles contestations nous montrent que l'on ne confond pas impunément des questions aussi différentes, et que les ressources de l'esprit le plus avisé ne réussissent pas à résoudre une question qui n'a pas été d'abord bien définie et nettement caractérisée.

282) Le droit moderne est sur ce point bien supérieur au droit ancien. On ne rencontre pas chez les auteurs modernes une notion bien nette du droit acquis et de ses prérogatives dans les relations internationales, mais on y trouve au moins certains indices qui nous permettent d'affirmer que ce côté de la question ne leur est pas resté totalement inconnu. Trois d'entre eux doivent être particulièrement mentionnés à ce point de vue. C'est d'abord Schaeffner. L'auteur allemand, comme Savigny et toute la grande école par lui créée, s'attache pour la solution des conflits à la nature des choses, mais ce terme, par trop vague, lui commande de soumettre chaque rapport de droit à la loi du lieu où il a pris naissance. Il y a bien dans la formule de Schaeffner [1] cette idée sous-entendue qu'un rapport de droit créé conformément à la loi compétente (la loi du lieu de naissance du rapport d'après l'auteur) doit bénéficier d'une validité internationale perpétuelle. Cela n'est rien autre que la reconnaissance internationale des droits régulièrement acquis. Mais cette première formule est obscurcie et compromise par une

[1] Après avoir dit qu'il faut s'attacher d'abord à la loi et à la coutume, Schaeffner pose le principe suivant : « *In Ermangelung positiver Gesetze kann nur die Natur der Sache entscheiden. Und dieser entspricht gewiss folgender Grundsatz am meisten : Iedes Rechtsverhaeltniss ist nach den Gesetzen desjenigen Ortes zu beurtheilen, wo es existent geworden ist. Hierin liegt zugleich die Rücksicht auf diejenigen Gesetze, deren ganzer Inhalt dahin geht, ein Rechtsverhaeltniss nur dann als solches anzuerkennen, wenn es ihnen gemaess.* » (*Entwickelung des internationalen Privatrechts*, p. 60.)

addition de sens assez douteux qui semble rapprocher la doctrine émise des idées antérieurement exprimées par Waechter ; en outre, dans l'application faite aux divers rapports de droit, le principe posé d'abord ne joue plus qu'un rôle assez effacé. Schaeffner, à dire vrai, a eu le pressentiment de l'importance de ce principe, mais en prétendant en faire un instrument de solution des conflits il s'est mépris. Nous avons montré plus haut que l'idée du respect des droits acquis ne prend une valeur internationale que lorsqu'il n'y a pas eu, ou du moins lorsqu'il n'y a plus de conflit. Avant d'invoquer un droit, il faut savoir s'il a été régulièrement constitué, et tant que le conflit existe, on ne le sait pas.

Nous trouvons, au contraire, chez un auteur contemporain toute une théorie fondée sur la base du respect des droits régulièrement acquis. C'est de M. de Vareilles-Sommières que nous parlons[1]. M. de Vareilles exagère peut-être lorsqu'il s'attribue tout le mérite de la découverte, mais il n'est que juste de dire que nul n'a mieux que lui développé ce nouveau principe. L'honorable professeur est, on le sait, le dernier champion de la doctrine des statuts[2]. Pour réconcilier ses opinions d'une territorialité par trop radicale avec les exigences de la vie et aussi avec celles de la raison, il a soin d'insister à

[1] De Vareilles-Sommières, *La synthèse du droit international privé*, t. I, pp. 10 et suiv.

[2] Il faut observer que M. de Vareilles-Sommières, beaucoup plus royaliste que le roi, donne à la territorialité des statuts un sens absolu et tranchant que les statutaires ne lui ont jamais reconnu. Leur territorialité était une territorialité immobilière, la compétence de la loi du lieu où sont situés les biens, objet de l'acte accompli ; celle de M. de Vareilles impose l'observation des lois du pays même à l'individu qui réside sur son territoire. Aussi l'auteur embarrassé dès ses premiers pas nous parle, à propos d'aliénations d'immeubles, d'actes accomplis par-dessus la frontière, qui sont une création originale de son système. En réalité, la territorialité ainsi entendue aboutirait le plus souvent à soumettre en même temps un même acte à plusieurs lois territoriales, celle du lieu où était la personne au moment de l'acte, celle de la situation des biens, celle du for où elle débat ses intérêts. Ce serait inextricable.

chaque pas, on peut le dire, sur cette idée que le droit acquis en observant la loi compétente (généralement la loi territoriale d'après lui) doit être respecté en tout lieu en vertu des égards que les États doivent garder pour leurs juridictions respectives. A la vérité, cette idée de respect des droits acquis à l'étranger et sous l'autorité d'une loi étrangère est pleinement contradictoire au principe de la territorialité des lois si courageusement soutenu par l'auteur. Si les mots ont encore un sens, celui de territorialité signifie que chaque État a le droit et le devoir [1] de n'appliquer jamais sur son territoire que ses propres lois, et le principe qu'il représente, loin d'aboutir au respect international des droits acquis, porte logiquement en lui la négation de ce respect. C'est donc entreprendre de tisser une nouvelle toile de Pénélope que vouloir corriger ce qu'une idée présente d'excessif par une seconde idée qui est tout justement à l'opposé de la première. Cette réserve faite, on ne peut qu'applaudir à ce défaut de logique, car M. de Vareilles-Sommières a parfaitement mis en lumière l'importance du respect des droits acquis dans les rapports internationaux, et plus encore il a su lui assigner sa véritable base en le faisant découler directement des obligations réciproques des États eux-mêmes [2]. En cela son système mérite d'être complètement approuvé.

[1] M. de Vareilles-Sommières enseigne que l'État a le droit et la volonté d'appliquer aux forains sa propre loi. Il n'est pas correct d'associer ainsi ces deux éléments. La volonté du législateur est un ordre pour le juge, mais au point de vue de la formation d'une doctrine internationale elle n'est pas à prendre en considération. Nous l'avons démontré plus haut. Observons aussi qu'en prétendant que l'étranger devient membre de la société civile dans le domaine de laquelle il réside, l'auteur a émis une théorie qu'aucun jurisconsulte ne saurait accepter.

[2] *Id.*, pp. 19 et suiv., 28 et suiv. On relève à cet égard une contradiction curieuse dans le système de M. de Vareilles-Sommières. Il n'admet pas que le droit international privé soit, comme le droit des gens, un droit entre nations, et lorsqu'il essaie de justifier la personnalité de certaines lois (il le faut bien), c'est par des motifs d'équité et de courtoisie qu'il se détermine. En même temps il considère comme un devoir pour les

Nous mentionnerons aussi le remarquable livre de M. Dicey parmi les ouvrages de doctrine dans lesquels une place a été faite à l'idée du respect international des droits acquis. Le premier des principes généraux avoués par le savant professeur d'Oxford n'est-il pas que tout droit dûment acquis sous l'autorité de la loi d'un pays civilisé quelconque peut être ramené à exécution *(enforced)* devant les cours d'Angleterre, et plus loin (principe V), à propos du choix de la loi à appliquer, ne revient-il pas encore une fois sur ce principe ? S'il faut mesurer les diverses règles du droit international privé au point de vue de leur influence sur l'état du commerce international, il n'est pas douteux que celle-ci a droit à la première place. Aucune autre n'est aussi essentielle et lord Halsbury disait fort bien qu'elle est au nombre de ces vérités, dont l'évidence est telle qu'elles se passent de toute autorité. Par contre, nous nous refusons à suivre M. Dicey, lorsqu'il paraît faire de cette règle unique le ressort général du droit international privé[1]. L'idée du respect dû aux droits acquis avec les restrictions qu'elle comporte ne peut servir ni à déterminer juridiquement la condition des étrangers, ni à résoudre les conflits de lois : elle a

États étrangers de respecter la validité ou la nullité des actes accomplis conformément ou contrairement à la loi compétente. Il allègue en ce sens l'égalité des États; cette notion est insuffisante et l'idée d'égalité conduit au plus à conclure que chaque État peut faire chez lui ce qu'il veut. Pour que la validité des actes faits conformément aux lois territoriales s'impose à l'étranger il faut en venir, de gré ou de force, à l'idée du respect mutuel de la souveraineté, idée bien internationale celle-là et qui concerne sans aucun doute les rapports des États entre eux. Le ressemelage entrepris par M. de Vareilles ne me paraît pas devoir faire durer beaucoup la vieille paire de chaussures.

[1] Je ne mentionne ici que les auteurs ayant accordé une place distincte et importante dans leur doctrine à l'idée de respect des droits acquis, mais il faut noter en outre que bien souvent cette idée est utilisée par d'autres comme argument à l'appui d'une solution particulière. Ceci est fréquent notamment chez les jurisconsultes qui prétendent édifier les principes de notre science sur la seule considération de la nature des choses. V., par exemple, un bon passage de Jitta *(Méthode,* p. 207) sur la place à faire au respect des droits acquis.

son département propre, mais ce département est assez considérable, pour que l'on doive louer hautement M. Dicey de l'avoir dégagée et commentée comme il l'a fait [1].

283) Voici donc la question posée. Comment doit-elle être résolue? Les explications qui précèdent, à leur défaut, les simples lumières du bon sens indiquent bien ici la solution. En principe et réserve faite des exceptions qui seront décrites plus bas, les droits régulièrement acquis doivent être internationalement respectés. La grande force de ce principe est dans son évidente nécessité. Concevrait-on qu'un homme en quittant sa patrie se trouvât par le fait dépouillé du vêtement de droits et de devoirs qui constitue sa personne juridique et sociale ?

Est-il admissible qu'en passant d'un État dans un autre un homme perde les qualités d'enfant légitime, d'époux, de père de famille, qu'il avait régulièrement acquises? Et cependant ces droits, ces qualités, ces prérogatives, ont eu leur base dans des actes ou dans des faits juridiques accomplis à l'étranger : ils ne peuvent produire leur effet que si l'on reconnaît dans les relations internationales la régularité et l'efficacité des sources dont ils dérivent. Si l'on poussait l'idée d'indépendance des États jusqu'au point de dire que chaque État est maître absolu sur son territoire, il n'y aurait aucune inconséquence à en déduire qu'un État n'est pas obligé de reconnaître à une personne les qualités juridiques qu'elle a acquises sous l'empire et sous la garantie d'autres lois. Oserait-on dire qu'un commerçant, qu'un voyageur sorti de sa patrie n'est plus propriétaire des marchandises qu'il transporte avec lui ?

[1] M. Dicey donne comme synonymes les termes de *extra-territorial operation of law* et de *extra-territorial recognition of rights (Introduction*, p. 5). Il nous paraît y avoir là un vice de méthode certain. Autre chose est l'application d'une loi étrangère à un acte passé à l'intérieur, autre chose la reconnaissance à l'intérieur des droits acquis à l'étranger. Nous nous sommes expliqué sur cette différence en classant les diverses questions comprises dans le domaine du droit international privé.

Ce serait absurde, mais dans cette absurdité même il n'y aurait rien autre que la suite logique du défaut de tout respect pour des actes juridiques accomplis à l'étranger en vertu de lois étrangères.

284) Faire apparaître ces conséquences suffit à montrer la nécessité du principe qui, seul, permet de les écarter. Il n'est pas inutile cependant d'aborder, à ce sujet, le point de vue scientifique et de faire à la question l'application de notre méthode. Ici cette application est particulièrement nette et aisée. On aperçoit facilement l'intérêt majeur qu'a l'État sous l'autorité duquel un droit a été acquis, à le voir respecté à l'étranger. Il y va, pour cet État, de la reconnaissance de sa propre souveraineté, qui a conféré à ces droits leur valeur, et de la participation de ses sujets au commerce international, participation qui serait impossible en dehors de cette grande loi de respect. On aperçoit tout aussi clairement le défaut d'intérêt de l'État étranger à refuser à de pareils droits leur effet. Sa souveraineté ne va pas, sans doute, jusqu'à régir des actes entièrement étrangers à son territoire et à ses sujets, et l'application des lois étrangères dans l'hypothèse ne porte aucun préjudice à l'autorité de ses propres lois. De plus, il ne saurait refuser à ces droits leur effet sans faire obstacle au commerce des deux États et il ne peut avoir à cela aucun intérêt.

En principe donc la loi à établir ici est aussi certaine théoriquement qu'elle est pratiquement nécessaire, on peut même dire qu'elle révèle entre les intérêts des divers États une concordance parfaite, bien loin de soulever un conflit. Cette loi peut se formuler ainsi : tout État doit, en règle générale, assurer sur son territoire le respect et l'observation des droits acquis à l'étranger. Cette loi peut être qualifiée l'un des fondements du droit international privé.

285) Mais cette loi, bien que générale, doit admettre certaines exceptions. Nous en apercevons deux d'impor-

tance fort inégale : 1° Il est possible que l'État ne puisse pas donner sur son territoire effet à un droit acquis à l'étranger, parce qu'il n'existe pas dans sa législation de droit analogue et que, dès lors, les moyens lui manqueraient pour assurer à ce droit son exécution. Cette hypothèse se présentera rarement. En dépit des nombreuses différences de détail qui les séparent, les diverses législations reconnaissent en général les mêmes catégories de droits, et ce n'est pas faute de moyens que l'on refusera, le plus souvent, leur effet aux rapports juridiques nés à l'étranger.

Cette exception n'est cependant pas dépourvue de toute valeur pratique. Il existe encore certains États qui n'ont pas organisé la propriété littéraire : il est bien certain qu'un auteur ne pourrait pas exiger d'eux le respect du droit exclusif de reproduction de son œuvre, qu'il a régulièrement acquis à l'étranger. Une pareille demande viendrait se heurter à une véritable impossibilité juridique, demander à une législation la reconnaissance d'une prérogative particulière que sa législation n'a pas consacrée [1]. Cette question se rapproche beaucoup de celles que nous avons examinées au sujet de la condition des étrangers. Entre le droit que l'étranger prétend acquérir dans le pays où il se trouve et celui qu'il veut y exercer parce qu'il l'a acquis à l'étranger il existe évidemment, à notre point de vue, une très grande analogie ; ni dans un cas ni dans l'autre un étranger ne peut obliger un État à reconnaître en sa personne un droit qu'il a exclu de sa législation.

Mais ne faut-il pas aller plus loin et dire qu'un étranger

[1] Dans un ordre d'idées différent on peut expliquer que l'État n'applique jamais aux crimes commis à l'étranger (dans les cas très rares où il peut les punir) que les peines portées par sa propre législation criminelle. Il y aurait quelque chose d'inadmissible à voir un État donner effet à une peine qu'il a cru devoir rejeter. Cette règle se justifie généralement par la territorialité des peines. La raison n'est pas excellente, car l'idée de territorialité militerait bien plutôt pour l'application de la peine en vigueur au lieu où le délit a été commis.

ne pourrait pas davantage se prévaloir dans un lieu d'un droit qui y existe à la vérité, mais est réservé aux seuls nationaux? Nous le croyons, en effet, et la jurisprudence française, qui refuse l'hypothèque légale aux femmes étrangères mariées à l'étranger, parce qu'elle considère cette hypothèque comme un droit purement civil, nous paraît correcte. Nous avons attaqué le principe de cette jurisprudence, mais, en le supposant admis, l'exclusion dont il s'agit ici en est la conséquence directe.

Nous dirons de même qu'un État qui reconnaît la propriété littéraire, mais en exclut les étrangers, ne tiendra pas compte des droits acquis à l'étranger. Cette proposition est même, dans l'espèce, la seule application pratique de l'exclusion, car, en matière de propriété littéraire, on juge de la nationalité de l'œuvre par le lieu où elle a paru et non pas d'après la nationalité de son auteur. Les lois qui, à l'exemple de notre décret de 1852, ont assimilé à ce point de vue les étrangers aux nationaux n'ont rien fait d'autre que de donner une sanction légale à des droits régulièrement acquis à l'étranger.

286) 2° L'exception de beaucoup la plus considérable au principe du respect international des droits acquis vise le cas où l'exécution demandée serait jugée incompatible avec quelque règle d'ordre public. Ceci se comprend de soi-même. On ne peut pas être admis à faire, par une voie détournée, ce qu'il est défendu de faire directement, et les exigences de l'ordre public sont trop absolues pour que l'on puisse les méconnaître à la faveur d'un acte passé à l'étranger.

Nous n'avons pas ici de nouvelles explications à donner sur ce que l'on doit entendre par ordre public, mais il est intéressant d'insister sur le rôle que joue ici l'exception d'ordre public. Il n'est pas le même que dans les conflits. Lorsqu'un acte juridique est contraire à une disposition d'ordre public de la législation qui le régit, cet acte est nul, il n'a aucune valeur, il n'est bon en aucun pays. Il

est affecté d'une nullité internationale, parce qu'il n'a pas été juridiquement constitué. Ici il n'en va plus de même. L'acte a été juridiquement fait, il a donné naissance à un droit acquis d'après la législation qui lui est applicable, seulement ce droit n'est pas susceptible d'être invoqué dans un certain pays, parce qu'il y serait contraire à une loi d'ordre public. Même dans ce dernier pays, cet acte ne peut pas être tenu pour nul : le droit qui en découle est seulement paralysé dans ceux de ses effets qui sont contraires à l'ordre public local.

Nous avons, dans nos lois, une disposition qui interdit, à peine de nullité du contrat, de louer ses services pour la vie. C'est là, sans aucun doute, une disposition d'ordre public. Si, dans un contrat fait en France et régi par la loi française, on a transgressé cette défense, l'acte fait est entièrement nul, il devrait être jugé tel, même dans un pays où une prohibition semblable n'existerait pas. Supposons, au contraire, le louage conclu dans ce dernier pays et conformément à sa législation, il sera valable, mais cette clause particulière ne pourra pas recevoir en France son exécution. Du reste, rien ne s'opposerait à ce que d'autres stipulations du même acte fussent respectées en France, si l'on démontrait qu'elles ne sont pas unies par un rapport indivisible à la clause prohibée. On expliquera également ainsi que la jurisprudence française, qui considère comme nul un prêt civil fait en France à plus de 5 °/₀ d'intérêts, condamne un débiteur à payer 12 °/₀ d'intérêts pour un prêt réalisé à l'étranger. Le paiement d'intérêts quelconques n'est contraire en rien à notre ordre public. Ce qui lui est contraire, c'est demander un loyer de plus de 5 °/₀ dans un prêt. Si ce prêt a eu lieu sans fraude à l'étranger, l'ordre public français est tout à fait désintéressé. Cependant si ce prêt avait été consenti dans le pays étranger au mépris des lois sur le taux de l'intérêt, nos juges devraient le déclarer nul comme ayant été irrégulier à son origine.

287) Ces deux exemples montrent le fonctionnement de

l'ordre public en la matière ; ils ne suffisent pas cependant à le caractériser suffisamment, ni à en faire sentir la grande importance pratique. Il n'est pas inutile d'insister quelque peu sur ce point, ne serait-ce que pour donner un complément aux théories précédemment émises sur cette matière essentielle de l'ordre public [1].

Lorsqu'on invoque sur un territoire un droit ayant sa source dans un acte accompli à l'étranger, le juge auquel on vient demander sa sanction n'a pas à se préoccuper du point de savoir si l'acte en lui-même ou par l'une quelconque de ses conséquences est de nature à blesser l'ordre public local; le point soumis à son arbitrage est bien plus spécial; c'est un effet particulier de cet acte que l'on invoque devant lui, il le considérera exclusivement et se demandera si cet effet est ou n'est pas compatible avec son ordre public : pousser son investigation plus loin que ne l'exigent les intérêts de l'État qu'il représente serait de sa part porter atteinte sans raison plausible à l'indépendance de l'État étranger. Et il sera fort possible qu'un acte, qui en lui-même serait contraire à l'ordre public local, soit sanctionné par lui dans telle ou telle de ses conséquences, si toutefois cette conséquence est en elle-même compatible avec ledit ordre public.

Il n'est pas douteux que les mariages polygamiques sont contraires à notre ordre public. Est-ce à dire qu'un juge français doive refuser systématiquement toute sanction à un semblable mariage contracté valablement à l'étranger? Nous ne le pensons pas. Tout dépendra ici de l'objet du procès. Le mari polygame réclame-t-il le secours de la loi pour exercer en France son autorité maritale sur son troupeau de femmes, on considérera sans doute cette situation comme immorale et on lui refusera ce secours. S'agit-il, au contraire, d'une question de légitimité d'enfants, d'un différend en matière de succession, d'un point

[1] Cf. Fedozzi, *Quelques considérations sur l'idée d'ordre public international*, Cl. 1897, pp. 71 et 495.

touchant au régime pécuniaire des époux, on ne voit vraiment pas pourquoi l'appui de la justice manquerait alors aux intéressés.

Je dirais volontiers aussi que l'exécution d'une dette de jeu ou d'un pari pourrait être demandée en France, si ces opérations ont eu lieu dans un pays où on les répute licites. Ici cependant la question est délicate, et l'on doit se garder de rejeter à la légère les jugements qui ont prononcé en sens contraire. On peut jouer de cent façons, et les magistrats considéreront facilement comme ayant eu lieu sur leur territoire un contrat de jeu que l'on présente comme s'étant passé à l'étranger.

Si l'on ne se pénétrait pas du rôle très différent que joue l'ordre public en matière de conflits et en matière de droits acquis, on se rendrait plus difficilement compte des solutions de la pratique, et surtout on aurait grand'peine à se former une idée nette de l'influence de l'ordre public en matière de droit international privé.

288) Quittons maintenant le domaine des principes pour entrer dans celui des applications. C'est sur ce terrain que nous allons pleinement apercevoir toute l'importance théorique et pratique de la règle du respect des droits acquis. Nous allons énumérer plusieurs catégories d'hypothèses rentrant dans le ressort de notre principe. Ce sont celles que l'esprit rencontre tout d'abord. Sans doute un examen attentif en ferait découvrir d'autres encore.

1° L'hypothèse classique est celle sur laquelle nous avons raisonné jusqu'ici. Un droit a été acquis dans un pays ; il est régulier au point de vue international (nous verrons plus amplement ci-dessous ce que l'on doit entendre par cette régularité internationale) ; il doit être respecté et recevoir son exécution, réserve faite des impossibilités pratiques et des exigences de l'ordre public local. Ce point nous est assez connu pour que de plus amples développements apparaissent comme inutiles.

Ceci est le cas de beaucoup le plus considérable, le seul

vraiment normal et correspondant exactement aux données du problème, mais par extension il semble que l'on peut encore utiliser notre principe dans d'autres hypothèses plus ou moins proches de la précédente, et où le même besoin de fixité et de sécurité juridique se fait sentir.

289) 2° Il est possible que, sans aller jusqu'au moment de l'exécution, une transformation se produise dans les éléments d'un droit qui mette en question l'existence du droit lui-même. L'idée de respect des droits acquis nous paraît avoir son rôle à jouer en pareil cas. Des époux mariés sans contrat sont censés, conformément à notre jurisprudence, mariés sous le régime de droit commun en vigueur à leur domicile matrimonial. Ils changent de domicile au cours du mariage. Leurs rapports pécuniaires seront-ils changés du même coup? La question se discute et l'on n'obtient la certitude dans sa solution, qu'en considérant que le régime nuptial établi au début de l'union des époux constitue pour eux un droit acquis qui doit être maintenu et respecté quels que soient les événements postérieurs[1]. Et l'on observera que cette solution est indépendante de toute question d'immutabilité des conventions matrimoniales, car le simple changement du domicile n'emporte pas avec lui une présomption suffisante de volonté quant au changement du régime nuptial en vigueur. Si, au contraire, on suppose qu'il s'agisse des rapports personnels des époux, la

[1] La question de l'influence des changements de domicile sur les droits soumis eux-mêmes à la compétence de la loi du domicile préoccupèrent beaucoup nos jurisconsultes, Froland surtout, qui consacre à cette hypothèse de longs développements (*Mémoires*, ch. IV, V, VII, XIV, XXI, etc.) sans donner toutefois de principes bien nets, sauf dans le cas où le droit en question est fondé sur une convention expresse ou tacite, et aussi Boullenois (*Traité*, 2e partie du titre II), qui est plus méthodique et attribue fréquemment compétence au domicile d'origine pour se tirer des embarras très grands de ce sujet. Il est impossible de donner même un aperçu de ces dissertations longues et compliquées. On observera que l'unification de la législation et la substitution de la nationalité au domicile dans la détermination du statut personnel ont sensiblement atténué les difficultés de cet ordre.

même conclusion ne serait plus autorisée, parce qu'en cette matière il n'existe jamais au profit d'une personne de véritable droit acquis au point de vue intérieur au moins.

Il est facile d'apercevoir la différence qui sépare cette hypothèse de la précédente, et comment celle-là se rapproche davantage de la question purement intérieure qui a donné lieu à la théorie de la non-rétroactivité des lois. Une loi qui était compétente quant à un rapport de droit cesse de l'être, non qu'elle ait été abrogée, mais parce que le fait qui servait de lien entre cette loi et ce rapport s'est modifié ou a disparu. Tous les cas de changement de domicile faisaient naître autrefois la question de savoir à quelle loi seraient soumis désormais les droits qui obéissent à la coutume du domicile : respecterait-on l'empire de la coutume de l'ancien domicile ou ferait-on prévaloir celle du domicile nouvellement adopté? Ces questions n'étaient pas résolues par nos anciens jurisconsultes sans beaucoup d'hésitations et plus encore de distinctions. Il ne s'agit plus ici de l'effet normal produit à l'étranger par un droit régulièrement acquis, mais de l'effet résultant d'un changement dans la loi qui régit l'institution juridique dont il s'agit, et l'on se demande jusqu'à quel point ce changement peut produire effet sur les situations existant antérieurement à l'époque où il se produit.

Le fait que ce changement ne résulte pas de l'abrogation d'une loi, mais d'une action accomplie par les particuliers intéressés a déjà ici sa signification. Empruntant aux vieux auteurs un langage qui leur est assez habituel, nous dirons que le maintien des droits acquis apparaît ici sous un aspect plus favorable que lors d'un changement intérieur de législation. Du reste, sous le bénéfice de cette observation de nature à modifier sur certains points les solutions reçues, il y aura lieu de faire usage ici de la distinction des droits acquis et des simples expectatives, car il y a changement de législation compétente. Cela suffit à différencier cette seconde hypothèse de la première.

290) Des difficultés de cet ordre peuvent se présenter soit en matière de statut personnel, soit en matière de statut réel. Ces dernières nous sont déjà connues. Nous les avons examinées en nous demandant ci-dessus dans quelle mesure la considération de l'ordre public du lieu où l'exécution est demandée peut s'opposer à ce que le droit y produise ses effets.

291) En matière de statut personnel les questions abondent. Toutes les fois qu'un rapport de droit est régi par le statut personnel des intéressés il y a lieu de se demander si le changement de ce statut personnel intervenu après la naissance de ce rapport a son effet sur les conséquences qu'il produira ultérieurement. Une personne deviendra-t-elle de mineure majeure ou de majeure mineure simplement en changeant de nationalité, pourra-t-elle gagner ou perdre à ce changement la faculté de faire certains actes, une donation entre époux par exemple, les rapports personnels ou pécuniaires entre époux, entre pères et enfants seront-ils modifiés, le régime des contrats en sera-t-il changé en tant que ce régime dépend du statut personnel, l'ordre des successions pourra-t-il être interverti ?

On comprend que nos anciens auteurs se soient répandus sur ce point en développements abondants. La solution de cette même question variera fatalement avec les hypothèses. En principe, un droit de la compétence du statut personnel des intéressés subira l'effet du changement de ce statut personnel. Mais ce principe admet de nombreuses restrictions.

292) 1° En matière de contrat. La stabilité de la chose convenue et l'intérêt des tiers exigent qu'un contrat soumis, soit par les parties elles-mêmes, soit par le législateur à leur lieu et place, à l'influence du statut personnel demeure invariable dans son effet. Ses effets demeureront donc de la compétence exclusive du statut personnel ancien.

La question est plus délicate pour les causes de résolution ou d'extinction auxquelles le contrat est soumis, car ici l'autorité du statut personnel ne provient pas du consentement des parties ou d'une présomption de consentement établie par la loi, mais de la fonction de protection qui lui incombe par rapport à ses sujets. Cependant il peut paraître plus correct de laisser les causes de résolution d'un contrat sous l'empire de la même loi que ses effets et en adoptant la solution contraire on pourrait craindre des fraudes, moins nombreuses, il est vrai, avec la nationalité qu'avec le domicile. C'est un argument auquel nos anciens avaient recours très fréquemment : il n'est pas dépourvu de valeur.

2° Un changement dans le statut personnel des intéressés ne saurait davantage détruire en leur personne un état que l'autorité de leur ancienne loi personnelle avait constitué. Pas plus qu'une réforme législative un changement de nationalité ne peut transformer en concubins ceux qui étaient auparavant des époux, faire un enfant naturel d'un enfant légitime ou un légitime d'un naturel. Il est dans la nature de ces lois de donner aux personnes une condition fixe servant de garantie à elles-mêmes et à ceux qui leur touchent de près : on irait contre leur but et on sacrifierait leur utilité sociale, en permettant que leur effet soit à la merci d'un changement de législation. On remarquera à ce point de vue une différence capitale entre l'état et la capacité que le droit international privé a coutume de placer sur la même ligne. Rien n'est plus mobile que la capacité, rien ne doit être plus fixe et mieux assuré contre l'avenir que l'état des personnes.

293) 3° On peut admettre encore qu'un changement de statut personnel est sans effet sur les rapports de droit qui lui sont soumis, quand il peut être prouvé que ce changement a été médité précisément en vue de l'influence qu'il exercerait sur le rapport de droit en question. Cette exception nouvelle que la difficulté de la preuve ne rendra

jamais très fréquente doit être reçue, à notre avis, c'est un frein nécessaire à la liberté plus grande que procurent aux particuliers les combinaisons empruntées à la pratique du commerce international.

294) 4° Que faut-il penser de la capacité? Constitue-t-elle un droit acquis opposable à un changement de statut personnel? La question était fort discutée dans notre ancien droit, où l'on tendait à accorder le bénéfice de la fixité au moins à certaines lois de capacité, de capacité générale principalement. On proposait, à cet effet, la compétence de la coutume du domicile d'origine, ou bien on alléguait cette raison que les incapacités sont fondées parfois sur des causes publiques [1]. La doctrine moderne répudie les distinctions anciennes, et incline bien davantage à faire varier la capacité avec le statut personnel. Il faut tenir compte cependant de la tendance imprudente des législateurs modernes à préférer la loi qui rend l'acte valable à celle qui l'annulerait.

Ainsi le nouveau code civil allemand admet la permanence du statut personnel antérieur, mais seulement quand il est en faveur de la capacité [2].

Les cas les plus difficiles se rencontrent dans les actes juridiques ayant pour objet non pas de créer une situation en tout point nouvelle, mais de donner une qualification juridique à un rapport antérieurement existant. Telle est la légitimation, telle encore la reconnaissance d'un enfant naturel. Ce sont matières du domaine du statut personnel; si ce dernier change entre le moment de la naissance de l'enfant et celui de l'accomplissement de l'acte, quelle sera la loi compétente? S'il s'agissait simplement d'une question de preuve de la filiation, il n'est pas douteux que la loi compétente serait la loi nationale en vigueur au moment de la naissance de l'enfant. Mais la reconnais-

[1] Boullenois, *Traité*, t. II, pp. 10 et suiv.
[2] Loi d'introduction, art. 7, § 2.

sance, la légitimation surtout, sont des actes distincts, et l'on peut douter du point de savoir si la vocation que l'enfant tient de sa naissance à bénéficier éventuellement de ces actes constitue pour lui un droit acquis. Il n'existe, ni en doctrine, ni en pratique, rien de décisif sur ce point. Il semble plus sûr de se prononcer comme nous l'avons fait antérieurement (v. ci-dessus, pp. 329 et suiv.) pour la négative. L'état de l'enfant n'est régulièrement constitué que par la reconnaissance ou la légitimation dont il est l'objet. Jusque-là il n'existe pour lui aucun droit acquis à ce point de vue, donc aussi aucune raison de tenir compte de la loi à laquelle le hasard de sa naissance l'a provisoirement soumis. Une seconde série de questions se présente ici, lorsque les parties à un même rapport sont de statuts personnels différents. Mais ces questions ne concernent pas les droits acquis et nous les avons déjà rencontrées ailleurs.

295) La matière de l'annexion fournit aussi à nos principes une ample moisson d'applications. L'État annexant ne manque jamais, de nos jours[1], dans les annexions continentales au moins, d'étendre, par une série de lois ou

[1] Il en était autrement jadis et les anciens traités d'annexion avaient soin de maintenir dans les pays changeant de souveraineté l'autorité des lois et des coutumes antérieures. Souvent aussi ils contenaient une confirmation des pouvoirs des magistrats. Dans ce système, le principe du respect des droits acquis n'avait pas de place ; il était inutile, puisque les lois chargées de la garantie des droits antérieurs demeuraient celles sous l'empire desquelles ils avaient été acquis. On y trouvait parfois des réserves des droits politiques des seigneurs, ordres ou corporations, réserves qui étaient le correctif du changement de souveraineté (exemples : traités de 1118 entre le duc de Venise Ordilaphus et la civitas Arbensis ; de 1305 entre Philippe le Bel et l'archevêque de Lyon, de cession du Dauphiné à la France, 1343, de Brétigny en 1360, de Troyes en 1420, d'Arras en 1481, de Cambrai de 1529, de 1680 donnant la ville de Strasbourg à la France, etc.). L'annexion dans cet état de droit n'avait, on peut le dire, aucune influence sur le droit public et privé de la province et ceci concourt à nous expliquer comment ces changements étaient acceptés autrefois plus facilement qu'ils ne le sont aujourd'hui.

de décrets, sa législation civile et pénale à sa nouvelle acquisition. Mais il n'a garde de heurter les situations antérieurement acquises sous l'autorité des lois du pays démembré. Ce serait impolitique. Ici les soucis de la politique ont singulièrement facilité l'éclosion du droit, car, remarquons-le, alors que le principe du respect des droits acquis est, dans la théorie générale du droit international privé, à peu près inconnu, dans la matière de l'annexion le nom et la chose sont familiers à tous depuis longtemps[1]. Cette nouvelle application de l'idée de respect des droits régulièrement acquis appelle une double observation. Elle constitue l'hypothèse dans laquelle notre principe se rapproche davantage de celui de la non-rétroactivité des lois, parce que nous y rencontrons cet élément caractéristique de deux lois se succédant sur un même territoire, seulement ce ne sont pas des lois d'un même pays, mais les lois de deux pays différents, et leur succession est due non pas directement à l'abrogation de l'une d'elles, mais au passage de ce territoire de l'empire d'une souveraineté à l'empire d'une autre souveraineté. En empruntant à Savigny son langage, on a à la fois ici un conflit dans le temps et un conflit dans l'espace. Cette circonstance n'est pas tout à fait insignifiante. C'est par égard pour les droits d'une souveraineté étrangère que l'on respecte ici l'ancienne législation du pays annexé, et non en vertu de

[1] La théorie des droits acquis est née du jour où l'annexant a entrepris d'étendre sa législation au pays par lui acquis. C'est à la fin du XVIIIe siècle que cette innovation s'est produite ; elle était la conséquence inévitable de l'unification accomplie dans la législation intérieure. A cette époque les traités exprimaient parfois ce principe (par exemple, les traités d'annexion de Mulhouse et de Genève à la France, tous deux de 1798), mais cet usage ne fut pas de longue durée, bien qu'ayant failli recevoir dans les actes du congrès de Vienne une consécration solennelle. Bientôt on ne l'exprima plus, mais il fut toujours fidèlement suivi par la jurisprudence. On peut consulter sur ce point Selosse, *De l'annexion* ; Cabouat, *Des annexions de territoire et de leurs principales conséquences*, et surtout les traités et la jurisprudence que les auteurs n'ont pas suffisamment étudiés.

cette idée d'une garantie due par l'État aux droits nés d'une loi qu'il a faite : c'est donc bien dans notre sujet que rentre l'hypothèse, et non pas dans la matière purement intérieure de la non-rétroactivité[1].

On comprend qu'en général les exigences de l'ordre public soient moins rigoureusement interprétées en cas d'annexion que dans le cas général pris par nous pour exemple. Cela pour une double raison. Il est juste, toute question politique étant écartée, de traiter plus favorablement des particuliers qui, par l'effet d'une annexion, sont soumis à une législation nouvelle que ceux qui, se livrant au commerce international, se trouvent amenés par là à invoquer leurs droits en territoire étranger. Il y a de la part de ces derniers un fait personnel qui n'est pas imputable aux premiers : il est donc légitime que ceux-ci supportent des risques plus grands. En outre, le droit n'ayant éprouvé aucun déplacement dans l'espace, il est plus difficile d'invoquer contre lui les exigences d'un état social nouveau, bien qu'en réalité il ait dorénavant à se mouvoir dans un pays différent. C'est ainsi que les droits de l'ordre public sont moins largement comptés dans notre hypothèse et avec raison. Il faut tenir compte de cette idée, que l'ordre public local s'est longtemps accommodé d'institutions proscrites dans le pays annexant, et on n'hésitera pas à les maintenir au nom du respect dû aux droits acquis toutes les fois où leur maintien ne risquera pas de causer un trouble par trop considérable.

Peut-on même parler d'ordre public en cette matière et dire que, là où cette nécessité vient à se dresser, la loi ancienne du pays annexé, protectrice des droits des habitants, doit céder ? Si l'on ouvre les livres on n'hésitera pas à l'affirmer, si l'on consulte les arrêts on en sera moins

[1] Il en résulte que la puissance cédante pourrait intervenir pour faire respecter les droits acquis implicitement ou explicitement réservés par le traité. Cette garantie sera, on le devine aisément, plus théorique que pratique ; elle n'existera même pas toujours. En cas d'annexion totale elle fait défaut. Le droit n'en existe pas moins.

sûr, car l'on y voit la loi ancienne respectée sur bien des points qui font certainement partie du domaine de l'ordre public. C'est ainsi que l'on conserve en vertu du droit particulier à l'annexion les différences anciennes entre les diverses catégories de biens, différences qui répugnent fort, on le sait, à l'esprit du système introduit par le code civil, que les anciennes lois sur la constitution du domaine public gardent leur valeur, que des établissements sont maintenus, quoique constitués contrairement à des lois d'ordre public, que l'on concède à un intéressé le droit de faire rompre un contrat pour une cause de nullité directement contraire à l'ordre public de l'annexant, que la mort civile abolie par nos lois se trouve cependant servir de base juridique à certains arrêts, etc. [1]. Il serait plus juste, à ce qu'il semble, de dire que les lois anciennes demeurent en vigueur partout où elles ne sont pas en contradiction avec l'*ordre politique* nouveau introduit par l'annexion. On comprend mieux ainsi que, dans des matières d'intérêt public, la loi et la jurisprudence son interprète, tantôt maintiennent l'autorité de la loi ancienne et tantôt donnent ouverture à la loi nouvelle. On s'explique également de cette façon qu'un droit civil tel que la nationalité ne puisse être conservé que sous certaines conditions et moyennant certaines formalités : ce droit revêt, en cas d'annexion, une importance politique considérable ; c'est pour cette raison qu'on le voit faire l'objet des stipulations des traités.

Réserve faite de l'intérêt politique, la non-rétroactivité est, en matière d'annexion, plus large que partout ailleurs.

296) Voici donc trois formes différentes sous lesquelles se présente à nous, dans le commerce international, la

[1] Douai, 19 janvier 1828; Trib. de Chambéry, 4 février 1880, Cl. 1880, p. 103; Chambéry, 7 février 1885 ; Chambéry, 26 août 1863, S., 63-2-253, et d'autres encore.

grande idée du respect des droits acquis. Tantôt il s'agit d'un droit acquis dans un pays et ramené à exécution dans un autre pays, tantôt d'un droit soumis à l'empire d'une loi qui varie par suite du changement de condition de la personne titulaire de ce droit, tantôt enfin d'un droit existant dans un pays qui reçoit une législation nouvelle par l'effet d'une annexion.

Ces divers événements ont pour résultat commun de mettre un rapport de droit en contact successif avec plusieurs législations différentes, et par là ils se rapprochent de l'hypothèse classique d'un changement de législation au sein d'un seul et même pays. Est-ce à dire que le principe de non rétroactivité des lois qui régit cette hypothèse soit appelé aussi à nous donner la solution des problèmes que nous avons envisagés ici? La doctrine paraît n'en pas douter et cette affirmation se retrouve, à l'occasion, sous la plume de nos meilleurs civilistes [1]. Récemment, cette doctrine a été reprise avec plus d'amplitude que jamais par M. de Vareilles-Sommières, qui a prétendu en faire le dictame des maux causés par les conflits. Même en mettant à part cette évidente exagération, l'application des principes du droit intérieur à nos questions internationales ne peut pas aller sans réserves et sans difficultés.

Comme nous l'observions plus haut, un changement intérieur de législation suppose une loi ancienne abrogée et remplacée par une loi nouvelle : ici aucune loi n'est abrogée, mais un rapport de droit passe, par suite de certains événements, du domaine d'une loi dans le domaine d'une autre loi étrangère à la première. Ira-t-on à cette question de rapports entre souverainetés accommoder une solution de pur droit civil en dépit de la différence des hypothèses? Cela semble difficile, car on n'a pas ici la volonté d'un législateur commun à interpréter.

Ce qui se retrouve également dans toutes ces hypo-

[1] V., par exemple, Labbé, note Grenoble, 6 juillet 1882, S., 84-2-209.

thèses, ce n'est point du tout le principe de l'art. 2 du code civil, c'est cette idée plus élevée, plus générale et aussi plus vague que l'on ne peut pas changer subitement le régime juridique d'un rapport de droit sans causer un trouble à l'ordre social et une déception aux justes espérances des particuliers intéressés.

De là vient la nécessité de laisser un rapport sous l'influence de la législation qui a servi à le constituer. Mais il n'en résultera pas une théorie unique également applicable à toutes les hypothèses que nous avons distinguées. Nous avons montré qu'il n'y a presque rien de commun entre le principe de la non-rétroactivité et la matière de l'effet international des droits acquis. Sans doute les deux autres questions internationales se rapprochent davantage du point de législation intérieure dont il s'agit. Lorsqu'une personne a, par exemple, changé de statut personnel ou lorsqu'un territoire a passé d'une loi à une autre loi par l'effet d'une annexion, il y a bien succession de deux lois différentes relativement à un même rapport de droit, mais cette succession elle-même ne se gouvernera pas suivant les règles du droit intérieur.

Le cas qui se rapprochera davantage de l'art. 2 du code civil sera celui de l'annexion, l'annexant ayant intérêt à étendre sa propre législation à la partie nouvellement jointe à ses domaines ; encore faudra-t-il tenir compte de ce que la cession n'a été faite que sous la condition expresse ou tacite de respecter les droits des habitants ; c'est ce qui justifie la grande amplitude donnée en la matière aux droits acquis. Quant au changement procédant de l'initiative de l'intéressé, il n'a point de caractère public et ne correspond pas à une nécessité sociale quelconque. Le respect de la liberté des personnes dans le commerce international et la nécessité d'éviter les fraudes possibles seront les seuls principes auxquels se mesurera l'effet respectif des deux lois en présence.

Résumons-nous. S'il existe une parenté entre ces diverses questions (ce qui est incontestable), il s'agit d'une pa-

renté éloignée. Elles ne supposent pas les mêmes éléments de fait, ne mettent point en jeu les mêmes nécessités sociales, ne correspondent pas aux mêmes objets. Elles doivent donc être résolues séparément, chacune d'elles pour les raisons qui lui sont propres.

Revenons maintenant à la question qui fait l'objet spécial de cette dernière partie de nos études, à l'effet international des droits acquis.

CHAPITRE XVIII

Principales applications de la théorie des droits acquis.

297. Ce qu'implique l'idée de respect des droits acquis. — 298. Définition des droits acquis. — 299. Conséquences pratiques. — 300. De l'exécution des jugements étrangers ; force exécutoire. — 301. Autorité de la chose jugée. — 302. Effet que l'on doit reconnaître aux jugements étrangers ; pouvoirs des juges à qui l'exequatur est demandé. — 303. Identité du droit acquis; compétence de la loi étrangère. — 304. Applications ; la lettre de change. — 305. La propriété intellectuelle ; la propriété industrielle. — 306. La faillite. — 307. Droits des créanciers étrangers. — 308. Dessaisissement du failli ; son incapacité. — 309. Simultanéité de faillites. — 310. Concordat. — 311. La responsabilité délictuelle. — 312. Extinction des droits acquis. — 313. Question des titres au porteur perdus ou volés. — 314. Sphère de compétence de la loi du 15 mai 1872. — 315. Respect du droit acquis jusqu'à son remplacement par un autre droit régulièrement acquis au point de vue international. Exemple tiré du divorce. — 316. Exemple tiré des conflits de nationalité. — 317. Avantages de la théorie des droits acquis ; en quoi elle se sépare et se rapproche de la théorie des conflits. — 318. Conclusion.

297) Nous avons, dans le précédent chapitre, posé le principe du respect dû aux droits acquis et fixé les limites de son application. Il faut maintenant que nous sachions ce que suppose pratiquement l'application de ce principe et quelle contribution il apporte à la solution des problèmes du droit international privé.

Les droits régulièrement acquis doivent être respectés dans l'ordre international. Cette idée de respect implique chez les nations comprises dans la communauté internationale, avec l'obligation de ne rien faire de ce qui peut affaiblir ou annihiler un droit régulièrement acquis, le devoir de leur assurer, sur leur territoire, tout l'effet compatible avec les exigences de l'ordre public.

298) Cette obligation n'existera naturellement qu'en ce qui concerne les droits qui peuvent passer pour régulièrement acquis au point de vue international. Nous avons donc à rechercher d'abord ce que l'on doit entendre par droits régulièrement acquis. Nous avons vu précédemment que les droits en question peuvent avoir eu, suivant les circonstances, ou bien une origine purement nationale et intérieure ou bien une origine internationale. Le premier cas est le plus simple. Le droit sera régulier s'il a été acquis conformément aux lois du pays où il est né. La circonstance que le droit est tenu pour existant dans le pays de son origine, qu'aucun doute n'y a jamais été élevé quant à sa validité, formera le plus souvent une preuve sans réplique de l'accomplissement de cette condition. Il est possible cependant qu'un doute existe sur la régularité initiale de l'acte générateur du droit. Le plus sage serait alors de renvoyer la décision de ce point de droit aux magistrats du pays où l'acte a été fait. Mais cela n'a rien de nécessaire et, en fait, les lois de compétence ne permettront pas toujours ce renvoi. Le tribunal saisi devra alors apprécier la conformité de l'acte à la loi étrangère suivant ses propres lumières, comme il le fait en cas de conflit.

299) Tout cela paraît élémentaire et évident. Il y a cependant certaines conséquences pratiques intéressantes à tirer de ce premier point. Supposons un contrat usuraire fait en France, mais n'y ayant pas reçu son exécution. La demande en paiement des intérêts a lieu dans un pays où le taux de l'intérêt est libre. Devra-t-elle pour cela y être

accueillie ? Non pas, le droit aux intérêts n'est pas un droit régulièrement acquis, car il a été établi au mépris d'une disposition prohibitive de la loi à laquelle il était soumis. C'est ce que, dans une étude précédente, nous avions appelé l'effet réflexe des lois d'ordre public. Il n'est rien autre que l'obligation réciproque des États de respecter les lois portées par eux dans l'accomplissement de leur fonction de législateurs. Toutes les lois d'ordre public peuvent donner lieu à de semblables applications.

La question se complique lorsqu'on aborde notre second cas. Le rapport de droit a eu, par hypothèse, dès l'origine, des attaches internationales. Il y a eu conflit. Pour que le droit né de ce rapport soit respectable, il faut que le conflit ait été résolu conformément aux règles du droit international privé, que la loi compétente ait été appliquée. On aperçoit sans peine la grave difficulté qui va se produire. Les règles adoptées pour la solution des conflits ne sont souvent pas les mêmes dans les deux pays intéressés à la question. La loi réputée compétente dans l'un de ces deux pays ne le sera plus dans l'autre où l'on jugera que le rapport de droit devait être régi par une loi différente.

A quel système devra se référer le juge saisi de la question de régularité du droit acquis connexe à la question d'exécution ? Nous sommes ici en présence d'une question ayant un caractère international et faisant, par suite, partie du patrimoine commun aux nations. Chaque État a, quant à leur solution, des droits égaux, et on ne peut pas songer à imposer à un juge une solution autre que celle qu'approuve le législateur dont il dépend [1]. Il faudra donc que la loi observée ait été la loi compétente d'après le système suivi au lieu où l'exécution est demandée. Le juge devra-t-il se préoccuper, en outre, de la compétence de la loi observée d'après les idées reçues au lieu où l'acte a été

[1] V. ce que nous avons dit (p. 80) touchant l'État définiteur des règles du droit international privé.

fait ? La question est plus douteuse et l'on conçoit qu'à cet égard les avis puissent différer. Il nous paraît plus correct de ne point exiger cette seconde condition. Elle aurait l'inconvénient d'obliger le juge à consacrer indirectement un système de droit international privé qu'il réprouve, et cette conséquence est difficilement conciliable avec la parfaite égalité des États dans le ressort du droit international privé.

Il suivra de là qu'un droit considéré comme régulièrement acquis dans un pays pourra se voir refuser cette qualité dans un autre pays, qu'il aura ici ses effets et que là on lui déniera toute valeur. Si fâcheuse que soit cette conséquence, elle résulte trop évidemment de l'indépendance des États dans la définition de leurs obligations internationales pour pouvoir être écartée. Qu'en résultera-t-il ? Que la théorie des droits acquis aura ses principales applications dans les rapports de droit qui n'étaient pas internationaux dès l'origine, et aussi à l'occasion de ceux qui soulèvent des conflits susceptibles d'être tranchés par des règles généralement acceptées, comme les conflits se rapportant à la forme des actes ou à l'autonomie de la volonté.

300) C'est ici le lieu de dire quelque chose de l'importante théorie de l'exécution des jugements étrangers ; elle présente avec la matière des droits acquis des rapports nombreux et étroits[1].

On distingue d'habitude dans un jugement trois effets :

[1] L'effet des jugements étrangers en France a donné lieu à toute une littérature qu'il n'est point nécessaire de citer ici. On trouvera un grand nombre d'arrêts indiqués dans Vincent et Pénaud, *Diction.*, au mot Jugement étranger. Citons quelques décisions plus récentes : Trib. Seine, 21 mai 1896, Cl. 96, p. 855 ; Monaco, 12 mars 1895, Cl. 96, p. 911 ; Aix, 5 juin 1895, Cl. 96, p. 613 ; Trib. Seine, 21 février 1896, Cl. 96, p. 626 ; *id.*, 11 juillet 1895, Cl. 96, p. 356 ; *id.*, 8 février 1898, Cl. 98, p. 736 ; *id.*, 20 avril 1898, Cl. 98, p. 765 ; Cass., 14 janvier 1901, Cl. 1901, p. 149 ; cf. Douai, 19 mars 1900, Cl. 1902, p. 533. Nous nous bornons au texte à essayer de saisir l'esprit général de cette jurisprudence.

il possède l'autorité de la chose jugée, il est exécutoire, il procure (en France) à celui qui l'a obtenu la garantie de l'hypothèque judiciaire. Considérés au point de vue de leur nature, ces trois effets n'appartiennent pas à la même catégorie. La force exécutoire et l'hypothèque qui en est parfois l'accessoire répondent à une idée, l'autorité de la chose jugée à une autre idée. La force exécutoire est la conséquence directe de l'idée de droit acquis. Pour qu'un droit soit véritablement acquis, il faut de toute nécessité supposer que la personne à laquelle le droit appartient peut, le cas échéant, appeler la force publique à son aide et obtenir ainsi par une légitime violence la satisfaction à laquelle elle prétend. Dire que les droits régulièrement acquis doivent être respectés dans le commerce entre nations, c'est dire qu'ils sont sûrs d'obtenir en tout pays l'exécution correspondante à leur objet.

La force exécutoire est l'attribut non pas précisément des jugements, mais de tous les droits acquis. Et l'on observera, en effet, qu'elle s'attache non seulement aux décisions de l'autorité judiciaire, mais à tous les actes passés par des officiers publics et constatant l'existence d'un droit. Si les jugements eux-mêmes possèdent cette force, c'est qu'ils constatent l'existence des droits des particuliers, c'est aussi parce que les juges sont au nombre des officiers à qui la loi a confié le soin de donner des ordres à la force publique.

Donc tout droit régulièrement acquis pourra réclamer en tout lieu le bénéfice de la force exécutoire. Nous disons qu'il pourra le réclamer et non pas qu'il l'aura, car la force publique est dans tous les pays à la disposition du seul État. Comme, du reste, il n'est pas douteux que l'État, en sa qualité de détenteur de la force publique, a des pouvoirs exclusivement territoriaux, c'est aux pouvoirs publics du lieu où l'exécution doit se poursuivre que l'intéressé demandera, dans chaque cas, cette permission d'exécution qui lui est nécessaire pour mettre la force publique en mouvement. Observons encore ici que cette procédure

s'impose à tout titulaire de droit acquis ; que ce droit soit constaté dans un jugement étranger ou qu'il résulte d'un acte authentique ou sous seing privé, cela est de nulle importance.

L'intéressé s'adressera à cet effet aux tribunaux du pays où il veut obtenir l'exécution. Quels seront les pouvoirs de ces tribunaux ? Leurs pouvoirs seront déterminés par la nature même de la question qui leur est soumise. C'est une question d'exécution et aucune contestation n'est soulevée touchant à l'existence même du droit. Les juges exigeront du demandeur en exécution la production de l'acte d'où résulte son droit et, cet acte étant produit, ils se demanderont une seule chose, si l'exécution demandée est possible et si elle n'est pas en opposition avec l'ordre public du pays. On conçoit sans peine qu'un maître ne pourrait pas réclamer chez nous l'exécution de son droit de propriété sur son esclave.

Ces idées ne sont rien autre que la traduction pratique de l'idée de droit acquis : elles s'appliqueront seules soit aux actes extrajudiciaires, soit aux jugements convenus.

301) L'autorité de la chose jugée est, au contraire, l'effet caractéristique des jugements, le résultat de la fonction propre à l'autorité judiciaire. Le juge décide les questions de droit ou de fait susceptibles d'influer sur les rapports des parties et, entre celles-ci, la chose jugée constitue la vérité légale, établissant une présomption qu'aucune preuve ne pourra renverser. Quel doit être l'effet de la chose jugée? Ce point est évidemment beaucoup plus difficile que le précédent. On peut, pour rapprocher davantage nos deux questions, poser celle-ci sous cette forme : l'autorité de la chose jugée constitue-t-elle au profit de celui qui a triomphé dans le procès un droit acquis dont le respect s'impose à l'étranger ? Un jugement allemand passé en chose jugée a proclamé Pierre créancier de Paul. Pierre pourra-t-il invoquer en France ce jugement et nos propres magistrats devront-ils demeurer sourds aux objec-

tions que Paul tenterait de diriger contre la sentence étrangère?

Il faut être ici extrêmement soigneux et exact. La nature déclarative des décisions de justice pourrait porter à décider que le droit reconnu à Pierre n'est autre que celui que la loi lui accorde et que, par suite, le principe connu de nous du respect des droits acquis couvre les jugements rendus à l'étranger aussi bien que les actes qui y ont été passés. Ceci n'est pas tout à fait exact, ceci mérite au moins certaines explications. C'est l'État qui juge, de même que c'est l'État qui, par ses lois, procure aux particuliers les moyens de se constituer des droits acquis, mais ces branches de l'activité de l'État ne ressortent pas de la même fonction. C'est, d'une part, sa fonction législative, d'autre part, sa fonction judiciaire qui lui attribue dans un intérêt de paix publique la mission de trancher définitivement les contestations entre particuliers. Nous avons vu précédemment que les États doivent respecter mutuellement leur fonction législative ; doivent-ils également respecter leur fonction judiciaire? Là est la véritable et seule question.

On aperçoit immédiatement qu'il n'y a là pas autre chose qu'une question de compétence. Si tous les États s'étaient mis d'accord pour suivre dans leurs relations mutuelles certaines grandes lois de compétence, semblables à celles que l'on rencontre dans des conventions internationales particulières, la question serait aussitôt résolue que posée. Il s'agirait simplement de savoir si la juridiction qui a rendu le jugement était bien celle qui devait le rendre d'après cette loi générale de compétence. Ce point fixé, il apparaîtrait clairement que le respect que les États doivent garder pour leurs souverainetés les oblige à exécuter, s'il y échet, le jugement rendu par un tribunal étranger compétent. Exécuter, cela signifie ici tenir pour vrai ce que le jugement a décidé, car c'est en vain que notre jurisprudence tente d'introduire, au point de vue international, une distinction entre l'exécution proprement dite et l'autorité de

la chose jugée. On exécute un jugement aussi bien lorsque l'on écarte toute prétention contraire à la chose jugée que lorsqu'on ordonne la vente des biens du débiteur condamné.

Mais il n'existe pas de règles de compétence communes. Cela étant, distinguons deux hypothèses :

1° L'État aux juges duquel le jugement est présenté a attribué compétence à ses propres juges pour les affaires de ce genre. Le tribunal ne tiendra pas compte de la sentence étrangère, défectueuse à ses yeux, en ce qu'elle a violé une loi intérieure d'ordre public contre laquelle les dispositions correspondantes des lois étrangères ne sauraient prévaloir.

2° Cet État ne revendique pas la compétence pour ses propres juges : dans ce cas, la sentence étrangère s'impose à lui, pourvu qu'elle émane d'un juge compétent d'après la loi du pays où elle a été rendue. L'État ne peut, en effet, méconnaître le pouvoir judiciaire de cet autre État sur le territoire duquel le procès a été jugé et, ayant décliné toute compétence dans l'affaire, il a montré par le fait même qu'il n'a aucun intérêt à ce que la cause ne soit pas jugée à l'étranger. Cela suffit. On objecterait à tort que rien n'oblige l'État à s'incliner devant une justice qui n'est pas la sienne. Cet argument, présenté en faveur de la territorialité des jugements, ne vaudrait pas mieux que le raisonnement semblable proposé en faveur de la territorialité des lois. Ici et là la réponse est la même. Les exigences du commerce international ne permettent pas qu'une décision judiciaire rendue dans un État demeure sans exécution dans l'autre. Il faut qu'elle soit exécutée et qu'elle soit exécutée telle que le juge étranger l'a rendue, car, au point de vue international, il est inadmissible qu'un État substitue à la justice étrangère sa propre justice dans les affaires où cette dernière n'est pas compétente. Cette nouvelle compétence, basée sur la simple circonstance que l'exécution doit avoir lieu dans le pays, n'est pas autre chose que l'affirmation de la supériorité générale de la justice locale sur la justice étrangère, affirmation incompatible avec les idées d'égalité

et de déférence mutuelle qui servent de base à notre science.

Le respect de la vérité judiciairement reconnue est, en soi, différent du respect des droits acquis, mais l'un et l'autre dérivent des mêmes principes et occupent, chacun dans sa sphère, une place exactement semblable.

302) En fait, les jugements étrangers se présentent à la fois en leur double qualité d'actes exécutoires et de sentences définitivement portées : il faut donc, dans la condition qui leur est faite, tenir compte de ce double caractère. Cette remarque faite, résumons à grands traits l'effet que l'on doit reconnaître aux jugements étrangers.

1° Les jugements régulièrement rendus dans un pays doivent être respectés et exécutés dans tous les autres en vertu de la seule force qui s'attache, dans les relations internationales, aux actes juridiques accomplis conformément aux lois compétentes.

On exigera que le jugement ait acquis, dans le pays où il a été rendu, l'autorité de la chose jugée, car il n'y a un droit véritablement acquis en la matière qu'autant que la sentence est définitive entre les parties au procès. On exigera aussi que la décision émane d'une juridiction compétente et, à défaut d'une loi convenue entre les États intéressés sur cette question de compétence, on se réglera sur les lois de compétence en vigueur dans l'État sur le territoire duquel le jugement a été rendu.

Cette dernière solution imposée, à la vérité, par les principes certains du droit ne fournira pas, dans tous les cas, la solution des conflits qui peuvent se présenter. Il est possible que deux États attribuent à leurs juges, en vertu de leurs lois, la connaissance du même procès; il est possible que dans un tiers pays on prétende faire exécuter deux jugements contradictoires rendus sur la même question par les juridictions de deux États différents. L'embarras sera grand en pareil cas, il sera même sans remède.

2° C'est le jugement étranger qui devra être mis à exécution tel qu'il a été rendu par les juges étrangers. Ce

point est capital, on le sait. Voyons donc quels seront les pouvoirs des juges à qui l'exequatur est demandé. Ils vérifieront la compétence d'après la loi étrangère, constateront la régularité formelle de cet acte d'après les attestations que l'on aura eu soin d'y ajouter; ils apprécieront si l'exécution demandée n'est point contraire à l'ordre public de leur pays. Mais leurs pouvoirs s'arrêtent là. En particulier ils ne possèdent pas le droit de reviser la sentence du juge étranger [1]. Sur ce point, cependant, une distinction doit être faite suivant que l'arrêt étranger a statué sur des questions de pur droit intérieur ou sur des questions du ressort du droit international privé. Dans le premier cas, notre principe est absolu ; il ne l'est plus dans le second. Si une question de condition des étrangers, de conflit ou de droits acquis existait dans le procès et a été résolue contrairement aux doctrines admises dans le pays où l'exécution est demandée, le juge de ce pays sera autorisé à reviser la sentence sur ce point. Il s'agissait, par exemple, de statut personnel, et un juge anglais a appliqué la loi du domicile de la personne. Un juge français ne saurait être obligé à donner effet à cette décision. A la loi du domicile il substituera la loi nationale dans le jugement. Pourquoi cette différence ? C'est qu'en matière de droit international privé aucun législateur et aucun juge ne peuvent imposer aux autres leur manière de voir ; précisément parce que cette branche du droit règle les rapports juridiques des États entre eux, il n'existe jamais, en cette matière, de compétence exclusive et chacun, comme nous l'avons dit plus haut, définit ses propres droits et ses propres obliga-

[1] A moins que leur loi nationale ne le leur accorde formellement. La décision de principe émise au texte n'est pas contredite, à notre avis, par notre législation française, car rien n'est moins certain que la survivance de l'art. 121 de l'ordonnance de 1629 et, d'autre part, les art. 2123 et 546 ne font aucune allusion à ce droit. On sait que la jurisprudence française est contraire à cette interprétation et maintient très énergiquement le droit de revision. Cette jurisprudence, critiquable en droit, est, en fait, assez intelligible et nous n'irons pas jusqu'à dire qu'il serait, pratiquement, désirable de la voir modifiée.

tions. Il est évident que l'on ne pourrait pas, sous couleur d'exécution d'un jugement étranger, tourner cette règle et faire sanctionner par l'État un principe de droit international qu'il n'accepte pas.

3° Rappelons ici qu'il n'y a pas de motif de distinguer l'autorité de la chose jugée de la force exécutoire et que, par suite, aucune raison n'existe de donner au juge des pouvoirs plus étendus au second de ces deux points de vue qu'au premier : il s'agit toujours de donner à un jugement étranger un effet que l'État seul peut conférer aux décisions des magistrats. Et même si une distinction était à faire, ce serait bien plutôt en sens contraire. Requérir l'exécution d'un acte passé à l'étranger est moins grave, comme atteinte à la souveraineté, qu'exiger le respect de la chose jugée à l'étranger. Ce qui le prouve, c'est que jamais l'exécution des actes authentiques n'a donné lieu aux mêmes difficultés que l'exécution des jugements.

Il n'y a pas lieu davantage de placer dans une catégorie exceptionnelle les jugements relatifs à l'état des personnes [1]. Bien que cet état fasse partie du statut personnel de l'individu, il ne faut pas oublier qu'il dérive d'une décision judiciaire rendue à l'étranger qui a besoin, pour produire ses effets, d'être reconnue, et qui ne le sera que dans les conditions exigées des reconnaissances de cette sorte. On peut constater ici cette confusion contre laquelle nous avons mis en garde plusieurs fois le lecteur. De ce qu'un certain rapport constitue un statut personnel, il suit que la loi étrangère sera applicable chaque fois que ce rapport sera en question, mais il n'en résulte nullement que l'acte, en vertu duquel ce rapport existe, soit assuré de ses effets à l'étranger.

4° L'exécution d'un jugement aura lieu suivant les lois du pays où elle se produit. C'est, nous le savons, une matière d'ordre public. Dès lors, il n'y a rien de choquant à ce qu'un jugement qui, d'après les lois du lieu où il a

[1] Cf. Riom, 3 mai 1897, Cl. 98, p. 138.

été rendu, ne jouit pas de l'hypothèque judiciaire, bénéficie de cette garantie en France, lorsque son exécution y est demandée. Il en serait de même de l'hypothèque appartenant aux créanciers du failli sur les immeubles dépendant de la faillite.

303) Une autre idée sur laquelle il faut insister est la suivante : quand on prétend exercer dans un pays un droit acquis à l'étranger, le droit que l'on invoque est le droit même que l'on possédait à l'étranger et non pas un droit nouveau qui serait soumis à un régime différent. Il est, en effet, inadmissible, comme l'observe très bien Dicey[1], qu'un droit transporté d'un pays dans un autre change pour cela de nature.

Le droit invoqué à l'étranger demeurera donc identique à ce qu'il était dans le pays où il a eu son origine. Lorsqu'il s'agira de mesurer l'amplitude de ce droit, de peser ses conséquences, de scruter sa nature, c'est à la loi étrangère que l'on devra demander la solution de ces questions. Cet incontestable principe est fécond en applications pratiques ; il va nous permettre d'envisager sous un nouveau jour et de résoudre plus sûrement certaines difficultés bien connues du droit international privé.

304) Tout le monde sait qu'il n'est peut-être pas, dans toute notre science, de matière plus complexe que celle de la lettre de change, qu'il n'en est pas non plus où le point de vue international compte davantage. La lettre de change est un instrument de crédit destiné à la circulation ; il lui arrive fréquemment de franchir plusieurs frontières pendant la courte période de son existence. A l'occasion d'une lettre de change, un grand nombre de rapports différents peuvent naître entre le tireur et le tiré, le tireur et le preneur, le tireur et le donneur d'aval, des en-

[1] Digest, *General principle*, n° 5, pp. 56 et suiv.

dosseurs au tiré, des endosseurs entre eux ou à l'égard du tireur. Nous ne prétendons pas en avoir épuisé la série. Le droit commercial reconnaît à ces divers droits une certaine indépendance : sans doute ils ont un trait commun et sont tous relatifs au paiement d'une même somme d'argent, mais cela n'empêche pas que chacun d'eux ait son individualité propre et dépende, suivant sa nature, tantôt de la volonté des parties qui l'ont créé, tantôt des termes de la loi sous l'empire de laquelle il a pris naissance.

Notre objet n'est pas ici de rechercher la loi à laquelle chacun de ces rapports se trouve soumis, mais de déterminer leur effet international. La question se pose au moment de l'échéance si, la lettre n'étant point payée, les divers ayants droit se retournent les uns contre les autres. La doctrine et la jurisprudence admettent que chacun des engagements pris garde l'empreinte qu'il a reçue dès le début, et doit être mesuré suivant les lois qui ont présidé à sa formation [1]. Cette solution est fort correcte sans doute, mais, si ce n'était le principe du respect des droits acquis, elle demeurerait entièrement inexplicable. Observons, en effet, que ces actions récursoires auront lieu le plus souvent dans un pays autre que celui où ces engagements ont été contractés. A quel titre invoquera-t-on l'autorité des lois en vigueur à ces diverses places? Il ne s'agit pas, à coup sûr, de la condition de la personne, et les lois dont il s'agit n'ont jamais fait partie du statut personnel. On les invoque sans doute parce qu'on y est obligé, parce qu'il serait absurde qu'une obligation ayant été construite en vue de produire un certain effet, produisît, plus tard et dans un lieu différent, un autre effet. Ce serait absurde, sans doute, mais, en doctrine, le principe du respect international dû aux droits régulièrement acquis permet seul d'éviter cette absurdité.

Ainsi, soit qu'il s'agisse d'apprécier l'étendue des obli-

[1] En ce sens Caen, 12 décembre 1900, Cl. 1902, p. 331.

gations prises par chacun de ceux qui ont eu part à la création ou à la négociation d'une lettre de change, soit que l'on discute la valeur des exceptions qu'ils peuvent opposer aux recours dont ils sont l'objet, il faut toujours remonter à l'époque où l'obligation a pris naissance et consulter la loi qui en a régi, dès le début, la substance. Il pourra arriver ainsi que plusieurs personnes obligées au même titre (en qualité d'endosseurs, par exemple) ne soient cependant pas obligées de la même façon. C'est un inconvénient, mais il est infiniment moins grand que celui qu'il y aurait à lier arbitrairement à une règle unique des obligations contractées sous des lois différentes.

Il faut observer aussi qu'à côté de ces éléments mobiles et variés la lettre de change possède un élément fixe, la créance du tireur sur le tiré, créance qui subsiste telle qu'elle a été créée et passe de mains en mains sans subir d'altération. Cela est encore un effet de la permanence des droits acquis.

305) La théorie du respect dû aux droits acquis n'est pas moins indispensable à la construction rationnelle d'une autre matière dont l'importance croît de jour en jour, celle du régime international de la propriété intellectuelle. De grands progrès ont été accomplis sur ce terrain, on le sait, notamment par la conclusion des Unions de Paris (20 mars 1883) et de Berne (9 septembre, 1886), mais ils ont laissé subsister de très graves difficultés, peut-être parce que ces innovations, trop exclusivement inspirées par le désir d'assurer dans la plus large mesure aux intéressés le profit pécuniaire de leurs œuvres, n'ont pas été accompagnées d'une analyse assez soigneuse des problèmes juridiques qu'elles avaient pour objet de résoudre.

Le sens de ces réformes est constant : il tend à assurer au titulaire étranger[1] d'un droit de propriété littéraire ou

[1] Par titulaire étranger on sait qu'il faut entendre celui qui a acquis son droit à l'étranger, car, pour l'étranger de nationalité, qui l'aurait

industrielle une protection aussi étendue que celle dont jouit celui qui a acquis dans le pays même un droit semblable. Cette assimilation est-elle si complète que l'on ne doive tenir aucun compte des lois étrangères sous l'empire desquelles le droit de propriété a été acquis? La question se posait déjà en France pour la propriété littéraire et artistique, sous l'empire du décret-loi du 28 mars 1852. Elle se présentait surtout en ce qui concerne la durée de cette propriété. Que le droit acquis à l'étranger ne pût pas excéder en France le temps accordé aux auteurs et artistes nationaux, cela allait de soi. On était là en présence d'une loi d'ordre public, dont la généralité d'application ne pouvait soulever aucun doute. Mais le droit de l'étranger était-il toujours aussi durable que le droit de l'auteur français, même dans le cas où la loi du lieu d'édition de l'œuvre assignait à cette propriété une vie moins longue? La jurisprudence tendait à résoudre négativement cette question[1] et à admettre concurremment, en ce qui concerne l'extinction du droit, l'autorité de la loi du lieu où on l'invoque et celle de la loi de son origine. Mais quelle raison donnait-on de cette solution? Qu'il était peu équitable et même choquant de traiter un auteur étranger plus favorablement qu'il ne le serait dans le pays où il avait édité son œuvre, raison bien faible en vérité et qui ne suffisait pas à dissiper l'incertitude planant sur cette question.

acquis dans le pays où l'exécution est poursuivie, il serait purement et simplement assimilé aux nationaux. Il n'existe pas, du reste, à ce point de vue une analogie complète entre la propriété littéraire et la propriété industrielle. L'Union de Berne, complétée sur ce point par la convention du 4 mai 1896, admet à la protection internationale quiconque a publié son œuvre dans un pays faisant partie de l'Union. Le traité de Paris de 1883 ne s'applique qu'aux sujets et citoyens des États contractants (art. 2) et à ceux qui, ne possédant pas cette qualité, ont leur domicile ou un établissement industriel sur le territoire de l'un des États de l'Union (art. 3). Cette différence contribue déjà à donner une grande importance au point de savoir si les produits d'un certain art (la photographie, par exemple) sont des œuvres artistiques ou des produits industriels.

[1] Cass., 25 juillet 1887, S., 88-1-17, et la note de M. Lyon-Caen; Trib. Seine, 5 janvier 1898, Cl. 98, p. 758.

Les traités particuliers conclus de 1852 à 1883 consacraient en général la solution donnée par la jurisprudence et l'Union de Berne a formellement accueilli cette solution. Mais si la durée du droit de propriété littéraire ou artistique ne peut plus donner lieu à conflit, notre question générale n'a rien perdu de son intérêt quant aux autres points intéressant le régime international de cette propriété. Quelles sont les personnes protégées? Quelles œuvres ont droit à réclamer cette protection? Contre quels empiétements est-elle donnée? En quoi consiste-t-elle précisément et quelle réparation assure-t-elle aux individus lésés? Quelles sont les causes d'extinction auxquelles elle est soumise? On ne peut pas poser une seule de ces questions, sans se demander si la loi du lieu d'origine de l'œuvre ne doit pas être considérée dans sa solution[1].

La convention de 1886 a fait à cet égard certaines précisions. Elle a exigé avec raison que les formalités et conditions prescrites par la législation du pays d'origine de l'œuvre aient été accomplies (art. 2, § 2). A cela la déclaration interprétative de 1896 a ajouté, avec raison, que ces conditions seraient seules exigées, c'est-à-dire que l'on ne demanderait pas de justifier en outre de l'accomplissement des conditions prescrites dans le pays étranger où le droit est invoqué. Tout cela est très conforme à cette idée que la régularité d'un droit acquis à l'étranger dépend exclusivement des dispositions des lois étrangères compétentes. En outre sur beaucoup de points, pour trancher des controverses auxquelles les conventions plus anciennes avaient donné lieu, la convention de 1886 a énoncé expressément les conditions et les limites de la protection internationale qu'elle avait pour objet d'assurer. Elle définit ce que l'on entend par œuvres littéraires et artistiques, parle de la traduction, de la représentation des œuvres drama-

[1] Sur un seul point le conflit ne peut pas s'élever. Il est certain que la sanction pénale des contrefaçons est la même dans chaque pays pour les auteurs étrangers et pour les auteurs nationaux. C'est un effet de la territorialité des lois pénales.

tiques, etc. Il y a là comme une esquisse de législation commune. Mais est-ce bien d'une législation commune qu'il s'agit là, d'une législation se suffisant à elle-même et dérogeant, le cas échéant, en faveur des œuvres étrangères aux dispositions moins libérales que peuvent contenir les lois intérieures des pays où ces œuvres ont vu le jour? Ou bien doit-on penser que l'Union de Berne ne protège jamais que les œuvres déjà protégées dans le pays de leur origine et ces prescriptions sont-elles seulement des limites à la protection internationale dont les œuvres littéraires ou artistiques sont susceptibles ?

Le doute est possible, on le voit, sur un très grand nombre de points. Comment sera-t-il tranché ? Il ne peut l'être d'une façon décisive que par un appel fait à la théorie des droits acquis. Ces droits, que les auteurs ou artistes étrangers viennent faire valoir dans un pays de l'Union, en France, par exemple, ne sont point des droits nouveaux qui se fixent sur leur œuvre au moment où elle franchit la frontière, ce sont les droits acquis au lieu d'origine de l'œuvre, droits que ces auteurs viennent invoquer dans un pays différent. Donc aussi ces droits ne seront jamais et ne pourront jamais être que ceux qu'ils possèdent dans le pays d'origine de leur œuvre. Ils supporteront sans doute l'effet des définitions et des limitations que contient le traité, ils supporteront également le contre-coup des actes de la puissance publique locale, en tant que ces actes se traduisent par l'émission de lois d'ordre public, mais, bien que le traité de Berne n'en dise rien, ils supporteront avant tout l'influence des règles juridiques sous l'autorité desquelles leur droit s'est constitué. L'Union de 1886 a consacré, en matière de propriété littéraire, l'effet international des droits acquis, mais elle n'a pas pu changer leur nature, effacer le fait qu'il s'agit de droits acquis à l'étranger et donner à ces droits une indépendance qu'ils ne sauraient posséder sans mentir à leur nature. Et c'est en cela que consistera la différence de l'auteur étranger qui a édité son œuvre dans le pays à celui qui, l'ayant publiée dans sa

patrie, en débite des exemplaires à l'étranger. L'un et l'autre seront soumis aux règles restrictives contenues dans la loi du lieu où ils invoquent leur propriété, mais le premier ne sera soumis qu'à ces règles seules, alors que le second pourra se voir opposer, en outre, les conditions et limitations sanctionnées par la loi du lieu où son œuvre a paru pour la première fois.

Cette doctrine ne correspond pas pleinement aux vœux émis par les intéressés, elle n'est pas conforme à l'avis de ceux qui voudraient assimiler en tout point la propriété intellectuelle à la propriété des objets matériels, mais ces raisons ne doivent pas nous arrêter. Quoi qu'on dise, il existera toujours un abîme entre ces deux sortes de droit et il n'y a pas deux façons de réglementer une situation juridique donnée. Il faut lui appliquer les principes généraux du droit ou se résigner à édifier, par une complaisance excessive, une construction arbitraire bientôt destinée à disparaître. La propriété industrielle soulève les mêmes questions. Elles devront être résolues de la même façon et pour les mêmes motifs.

306) La matière de la faillite va nous fournir d'autres applications tout aussi considérables de nos idées. On sait qu'il n'en est pas dont le régime international présente de plus nombreuses obscurités. La première question qui se présente ici est celle de l'unité ou de la pluralité de la faillite. Un commerçant qui a des établissements dans plusieurs pays ou y possède simplement quelques biens donnera-t-il lieu, par son insolvabilité, à autant de faillites différentes qu'il y a de pays dans lesquels il possède des capitaux ou, au contraire, à une seule procédure instituée contre lui dans le lieu où il a son principal établissement? Nous avons observé plus haut que les lois sur les faillites appartiennent à la catégorie des lois d'ordre public. Il faut pourtant revenir sur ce point pour nous demander si une faillite ouverte dans un pays n'engendre pas, au profit des créanciers qui y ont produit, un droit acquis de nature

à produire ses effets à l'étranger. Certaines décisions de la jurisprudence pourraient nous incliner à considérer cette thèse comme fondée [1].

Observons que cette idée aurait pour résultat non pas de fonder la compétence exclusive de la juridiction du domicile de l'insolvable, mais de donner des effets extra-territoriaux à toute faillite régulièrement déclarée suivant la loi locale. Mais cette idée elle-même n'est pas fondée. Si la faillite opérait une sorte de novation, si elle ajoutait quelque chose au droit des créanciers, on pourrait parler ici de droits acquis. Mais il n'en est pas ainsi. La faillite n'est rien autre qu'un procédé particulier d'exécution contre les commerçants (et dans certains pays même contre les non-commerçants), elle ne nove pas les droits antérieurs des créanciers, elle se borne à les faire valoir. On ne peut donc pas parler de droits acquis, et la faillite ouverte dans un pays ne saurait avoir d'effet que sur les biens qui s'y trouvent. Rappelons en passant que cette territorialité dérivée du but social des lois en question n'a rien de spécial aux immeubles; elle demeure donc la même quels que soient les éléments dont se compose l'actif du failli.

La faillite est donc une matière strictement territoriale [2]. On est fondé à conclure de là qu'un jugement étranger

[1] C'est ainsi que l'on peut entendre un jugement du Trib. de comm. d'Anvers du 27 mai 1896, rapporté dans Cl. 96, p. 1078.

[2] Cette, 3 juillet 1890, Cl. 91, p. 203 ; Bordeaux, 8 juillet 1891, Cl. 92, p. 664 ; Paris, 23 novembre 1895, Cl. 96, p. 610 ; *id.*, 31 janvier 1896, Cl. 97, p. 131. La doctrine est divisée, mais paraît, au moins par le nombre des suffrages, pencher vers le système de l'unité. Cf. Lyon-Caen et Renault (*Droit commercial*, t. VIII, pp. 450 et suiv.) et Thaller (*Des faillites*, t. II, pp. 353 et suiv.). Ce dernier auteur nous paraît avoir seul bien déterminé le caractère international de la faillite. Encore nous séparons-nous de lui sur un point déjà indiqué. La stricte territorialité de la faillite ne vient pas de ce qu'elle concerne les biens, mais de ce qu'elle constitue un mode d'exécution. Pour MM. Lyon-Caen et Renault, la faillite ne rentrerait ni dans le statut personnel ni dans le statut réel. Cependant, si l'on adopte le principe de l'école statutaire, comme ces savants auteurs paraissent le faire, on ne peut pas contester que les lois sur la faillite aient les biens du débiteur pour objet.

de déclaration de faillite n'est susceptible, en France, d'aucun effet, notamment qu'il ne peut y être l'objet d'une instance en exequatur. La jurisprudence française est en sens contraire sur ce point[1]. Il ne faut cependant pas exagérer la distance qui sépare sa doctrine de la nôtre. L'exequatur donné au jugement étranger n'a qu'un effet qui lui soit propre, la confirmation des pouvoirs du syndic étranger. Du reste, la procédure d'exécution se produit en France conformément aux lois françaises, et il n'y a guère de différence entre la faillite résultant d'un jugement rendu à l'étranger et celle qui aurait été directement ouverte en France. La première, cependant, n'est pas publiée en France suivant la forme prescrite en l'art. 442 du code de com., et cela est fâcheux. Cet inconvénient disparaît, si l'on admet qu'il ne peut y avoir en France que des jugements français de déclaration de faillite.

307) Le principe de respect dû aux droits acquis entre en scène si l'on se préoccupe des droits des créanciers étrangers. Il n'est pas douteux que, dans une faillite ouverte en France, les créanciers étrangers doivent être reçus à produire comme les créanciers français eux-mêmes. C'est un principe général et qui n'a rien de particulier aux faillites ouvertes en France. On le justifie généralement par l'idée d'égalité entre les créanciers. Or cette idée d'égalité, qui fixera justement la condition des créanciers étrangers, lorsqu'ils seront admis à la faillite ouverte en

[1] Jurisprudence constante. V. Paris, 14 novembre 1901. Cl. 1902, p. 110. Cf. Turin, 18 décembre 1898, Cl. 1901, p. 850, et la note de M. Chrétien. La procédure de faillite a pour unique objet de réaliser la mainmise des créanciers sur le patrimoine de leur débiteur. Les lois qui la concernent peuvent passer, à juste titre, pour le type des lois de crédit public et de garantie sociale. C'est comme agent d'exécution que l'État intervient ici et nul ne doute que ses pouvoirs à cet égard ne soient purement territoriaux. A-t-on jamais parlé d'exequatur d'un jugement d'expropriation pour cause d'utilité publique ? ou d'extraterritorialité des lois sur la saisie mobilière ou immobilière ? Pourquoi prétendre, dès lors, traiter différemment la faillite, alors que sa nature est identique ?

France, est absolument impuissante à nous expliquer qu'ils *doivent-y être admis*. Les lois sur la faillite sont territoriales, et pour admettre un créancier étranger en vertu de l'idée d'égalité, il faudrait un traité stipulant que l'égalité servira de règle dans les rapports des nations entre elles[1]. Ce que l'idée d'égalité n'explique pas, le principe du respect dû aux droits acquis le justifie sans peine. C'est parce qu'un État ne peut pas méconnaître l'existence et la validité de créances régulièrement nées à l'étranger, qu'il doit admettre les titulaires de ces créances à participer au bénéfice de la réalisation des biens du débiteur sur le territoire. Voici donc une loi générale et qui devrait être appliquée même dans les pays où le principe d'égalité n'existerait pas[2].

Les créanciers étrangers seront donc admis, mais quelle sera leur condition ? Nous ne nous occuperons pas de la façon dont ils justifieront de l'existence de leur créance : on suivra ici les principes qui donnent compétence à la loi du lieu où la créance est née. Relativement à l'étendue des droits que ces créanciers peuvent faire valoir, nous distinguerons entre le cas où il n'existe qu'une faillite ouverte en France et celui où on trouve en même temps d'autres faillites ouvertes à l'étranger.

La première hypothèse est la plus simple. Leurs créances une fois vérifiées, les créanciers étrangers auront, dans la faillite ouverte en France, tous les droits des

[1] Comme cela a lieu entre la France et la Suisse par l'effet de l'art. 6 du traité du 15 juin 1869.

[2] Le principe de l'admission des créanciers étrangers à une faillite ouverte en France est reçu par notre jurisprudence (Montpellier, 12 juin 1884, Cl. 85, p. 82). Cette doctrine libérale et que l'arrêt cité justifie bien, en disant que l'on n'est pas en droit d'organiser dans le silence de la loi un système de rétorsion, ne sera pas sans inconvénient dans nos rapports avec les pays qui n'admettraient pas les créanciers étrangers aux faillites ouvertes sur le territoire ou ne les admettraient qu'après paiement des créances indigènes. Certaines législations étrangères ont subordonné l'admission des créanciers étrangers à la règle de la réciprocité (Autriche-Hongrie, loi de 1868, art. 51 et 52 ; Empire allemand, loi du 10 février 1877, art. 4).

créanciers français. Ils auront les mêmes avantages et toucheront les mêmes dividendes. La question se complique un peu lorsque l'on considère que tous ces créanciers ne sont pas de simples chirographaires : ils ont peut-être des privilèges et des hypothèques et les sûretés qu'ils possèdent sont, en outre, sujettes à éprouver des modifications sensibles par suite de l'état de faillite du débiteur. C'est ainsi que chez nous la masse tient de la loi une hypothèque sur les immeubles du failli et que l'hypothèque légale de la femme subit, en cas de faillite du mari, de très importantes réductions (art. 563 code com.). Il n'est pas douteux que toutes ces causes de préférence qui viennent modifier l'ordre de distribution des deniers sont des lois de crédit public à effet territorial. C'est donc la loi du lieu où la procédure de faillite se poursuit qui déterminera l'ordre de ces préférences et la mesure dans laquelle chacune d'elles pourra être invoquée. Toutefois, le respect des droits acquis aura encore sa place sous l'influence de cette loi de territorialité. Il est possible que le privilège ou l'hypothèque ait sa cause dans un acte accompli à l'étranger. Ainsi le failli peut s'être marié à l'étranger. Cela n'empêchera pas sa femme, si du reste elle jouit des droits civils en France, de faire valoir son hypothèque sur les immeubles dépendant de la faillite de son mari et situés sur notre territoire, de la même façon et dans la même mesure qu'elle le ferait si elle avait été mariée en France. Cette assimilation ne peut se justifier que par l'effet international reconnu aux droits acquis [1].

308) La faillite n'a pas seulement pour conséquence la

[1] On justifie généralement cette solution par la réalité des lois immobilières. Il est aisé de montrer l'insuffisance de cette explication. La réalité des lois immobilières pourra suffire à montrer quels immeubles sont, en cas de faillite du mari, atteints par l'hypothèque de la femme, mais vouloir l'utiliser pour déterminer les créances garanties par l'hypothèque de la femme, c'est pousser cette idée de réalité au delà de toute limite raisonnable. L'idée de réalité conduirait à appliquer à ces créances la loi du lieu où elles sont nées.

réalisation de l'actif du commerçant insolvable au profit de ses créanciers : elle produit, à titre accessoire, certains effets — dessaisissement du failli, incapacité de contracter des dettes opposables à la masse, nullité des actes accomplis pendant la période suspecte — évidemment destinés à mettre les créanciers à l'abri des tentatives que pourrait faire leur débiteur pour échapper à leur poursuite. Ces effets de la faillite sont, eux aussi, territoriaux.

Il en est certainement ainsi du dessaisissement. Il ne peut exister en France qu'à la suite d'un jugement français. Et inversement un commerçant déclaré en faillite dans un pays demeure maître des biens qu'il possède dans un autre pays, capable de contracter et de payer comme l'est toute personne en possession de ses droits. On s'est élevé non sans une certaine raison contre les inconvénients pratiques de cette solution ; il faut convenir cependant qu'elle ne préjudiciera jamais qu'à des créanciers négligents.

Pour les incapacités, il semble que leur nom seul proteste contre la solution que nous venons de donner et c'est ce nom, en effet, qui a inspiré le système assez étrange de l'application de la loi nationale du failli à la faillite. Si l'on applique notre méthode à cette question, aucun doute n'est possible. Ces lois n'ont pas d'autre but que de renforcer le grand principe de crédit public en vertu duquel le patrimoine d'une personne est le gage de ses créanciers. Elles sont donc, comme ce principe lui-même, de nature territoriale. Il en est de même des nullités qui peuvent atteindre les actes passés par le failli.

309) L'hypothèse de plusieurs faillites simultanément ouvertes dans divers pays est plus délicate [1]. Il est difficile, en effet, de concilier le principe de l'égalité des créanciers

[1] Il y aura lieu à pluralité de faillites toutes les fois où l'insolvable aura des établissements commerciaux (indépendants ou subordonnés les uns aux autres, il n'importe) ou même simplement des biens dans divers pays. Il est certain, du reste, que la faillite d'un non commerçant ne pourra s'ouvrir que dans les pays où les non commerçants peuvent être

avec l'indépendance respective des procédures d'exécution ouvertes sur des territoires différents. Nous savons déjà qu'en principe un créancier quelconque peut produire dans une faillite quelconque. Mais que touchera-t-il? Supposons un créancier étranger se présentant dans une faillite ouverte en France. L'application de la loi d'égalité qui lui sera faite devra tendre à lui donner autant qu'à un créancier français, mais rien de plus. Si cet étranger n'a encore produit qu'en France, la solution sera simple : il recevra son dividende intact, sans que l'on ait à se préoccuper de la faculté qu'il possède de se procurer un nouveau dividende par une production ultérieure dans une faillite étrangère. Mais l'hypothèse opposée sera plus ordinaire : le créancier étranger aura produit en même temps dans les faillites ouvertes à l'étranger. Notre jurisprudence, dans ce cas, l'oblige à rapporter à la masse française les sommes qu'il peut avoir touchées dans les faillites étrangères [1]. Cette jurisprudence, très critiquée par la doctrine, nous paraît devoir être approuvée par application du principe du respect des droits acquis, qui va, cette fois, fonctionner au profit de la masse et contre les créanciers ayant pris part à plusieurs distributions dans des pays différents.

Un premier point est certain, c'est que le dividende touché par le créancier à l'étranger a diminué d'autant sa créance et que cette diminution, procédant d'un acte internationalement valable, doit avoir son effet en tout lieu. Le créancier ne pourrait donc, en tout cas, produire que pour sa créance, moins la somme par lui touchée, et ce résultat empêcherait déjà qu'il puisse retirer de plusieurs faillites ouvertes en des pays divers plus qu'il ne lui était dû, résultat évidemment fâcheux et qui préoccupe à bon droit la

mis en faillite. Ailleurs les règles de la déconfiture seront appliquées. Pour juger de la qualité de commerçant la loi locale sera compétente si le failli a un établissement dans le pays; si non, il faudrait tenir compte de la loi du lieu où il exerce son industrie. La qualité que lui donne cette loi est pour lui un droit internationalement acquis.

[1] Montpellier, 12 juin et 8 août 1884, cités dans Vincent et Pénaud, *Diction.*, v° Faillite, n°s 103 et suiv. ; Bâle, 5 juillet 1883, Cl. 85, p. 340.

doctrine. Partant du même principe, on pourrait réclamer à ce créancier, comme ayant été indûment payée, la part de dividende qui correspond à cette part de sa créance qui a été éteinte par le dividende reçu à l'étranger. Mais il y a plus. Bien que les faillites ouvertes en des pays différents soient, dans leur marche, indépendantes les unes des autres, la somme touchée dans la faillite étrangère constitue à l'intérieur un paiement partiel de la créance, paiement qui doit être annulé comme remontant à une époque postérieure à la cessation des paiements (art. 447 du code de commerce). Il n'est pas douteux que la sanction de l'art. 447 atteindrait un paiement amiable fait à l'étranger. Nous ne voyons pas pourquoi elle n'atteindrait pas également la remise d'espèces à laquelle la production à la faillite étrangère a abouti. La somme touchée devra donc être rapportée et cette solution limitera l'utilité de la déduction ci-dessus mentionnée au cas fort rare où le paiement du dividende, dans la faillite étrangère, serait antérieur de plus de dix jours à l'époque fixée par la juridiction intérieure comme étant celle de la cessation des paiements.

310) Les difficultés les plus graves se présentent en matière de concordat et ces difficultés portent précisément sur le point qui nous intéresse ici : quel est l'effet international de cet acte ? Peut-il être invoqué hors du pays où il a été passé ? Peut-il être opposé soit aux créanciers qui y ont pris part, soit même à ceux qui y sont demeurés étrangers ? C'est bien, comme on le voit, une question concernant l'effet international des droits acquis. Et c'est une question particulièrement délicate à cause de la nature indécise du concordat, dont les effets participent du contrat et de l'autorité directe de la loi. Un concordat régulièrement conclu donne naissance à un droit acquis, cela paraît certain. Il ne s'agit plus, en effet, ici d'une simple procédure tendant à la réalisation d'un droit, il s'agit d'une transformation des créances, d'une remise partielle ayant pour corrélatif les sacrifices auxquels le débiteur

s'est obligé. C'est une sorte de transaction qui présente ceci de particulier qu'elle procède non pas d'un contrat véritable, mais d'un acte dans lequel le sentiment de la majorité lie la minorité.

Mais quels sont les effets de cet acte ? Dans le pays où il a été accompli, il est évident qu'il produit tout l'effet que la loi locale lui reconnaît et notamment qu'il lie tous les créanciers, même ceux qui auraient négligé de prendre part aux opérations de la faillite. Mais au dehors ? En principe le droit acquis dans un pays a ses effets dans les pays étrangers, mais encore faut-il pour cela qu'il n'y blesse pas quelque règle d'ordre public. Or, précisément, ne doit-on pas considérer comme blessant l'ordre public local la loi étrangère qui prétendrait substituer un arrangement amiable à la loi intérieure gouvernant les rapports du débiteur et de ses créanciers ? Un concordat conclu à l'étranger ne saurait donc avoir aucun effet : il n'empêche pas les créanciers d'exercer leur droit soit individuellement, s'il n'y a pas de faillite déclarée dans le pays, soit collectivement dans le cas opposé, sauf à rapporter les sommes touchées par eux à l'étranger en exécution du concordat comme ayant été payées au détriment de la masse.

La jurisprudence française va beaucoup plus loin dans la voie de l'extraterritorialité du concordat. Elle admet que le concordat passé en France empêche les créanciers d'exercer leurs poursuites sur des biens situés à l'étranger[1] et les oblige à rapporter ce qu'ils auraient pu y toucher. Elle admet de même que le concordat passé à l'étranger oblige en France tous ceux qui l'ont consenti et les empêche, par suite, de poursuivre leur débiteur. C'est une conséquence tirée du caractère contractuel du concordat et qui fait abstraction de son côté d'acte d'exécution.

Quant aux créanciers qui n'auraient pas adhéré au con-

[1] Trib. de la Seine, 17 novembre 1886, Cl. 87, p. 181.

cordat, le point de savoir s'il peut leur être opposé donne lieu à contestation ; d'après l'opinion la plus suivie, la solution varierait suivant que le jugement étranger d'homologation a ou n'a pas été en France l'objet d'une sentence d'exequatur [1]. En adoptant ce système, notre jurisprudence a marqué son intention de se rapprocher du parti de l'unité de la faillite. Ce désir peut colorer des solutions que l'observation des principes ne tolérerait pas. Même homologué, un concordat n'est rien autre qu'un incident de la procédure d'exécution : il ne peut avoir de valeur que dans les limites de l'État où il intervient, et l'on ne conçoit même pas que l'on puisse parler d'exequatur en ce qui concerne les décisions de cette espèce.

311) Empruntons une dernière application à la matière de la responsabilité délictuelle. Considérées au point de vue des conflits qu'elles peuvent faire naître, les obligations procédant de cette source sont régies dans l'opinion prépondérante par la loi du lieu où le délit a été commis. Si donc les circonstances du fait obligent la victime du délit à porter son action à la barre d'un tribunal étranger, ce n'est point sa propre loi, loi du for, que ce tribunal appliquera, mais bien la loi du lieu où le délit a été commis. Cette loi déterminera l'étendue de la responsabilité, les personnes à qui elle s'étend, les motifs d'exonération que celles-ci peuvent faire valoir. Dira-t on pour cela que les lois touchant la responsabilité délictuelle appartiennent au statut personnel ? Ce serait absurde, aucune loi ne présentant plus nettement que celles-là le caractère de lois d'ordre public. Voilà donc encore un résultat considérable qui ne peut se justifier que par l'idée du respect dû aux

[1] Lyon-Caen et Renault, *ibid.*, p. 462. Dans le sens de l'opinion adoptée au texte, v. Thaller, *ibid.*, p. 377. La solution qui résulte des principes dépouille de tout intérêt la question de savoir si certains modes de libération usités à l'étranger comme l'*order in discharge* du droit anglais pourraient produire effet sur notre territoire.

droits acquis. Les mêmes principes existent pour la responsabilité contractuelle, lorsqu'elle excède les limites mises par la loi à l'autonomie des contractants.

312) Les exemples qui précèdent suffisent à nous révéler toute l'importance pratique de la règle du respect international dû aux droits acquis. Ils nous ont montré, en particulier, comment cette règle est nécessaire à la justification rationnelle d'un certain nombre de solutions que l'usage admet depuis longtemps, parce qu'elles sont nécessaires, mais auxquelles la doctrine commune était impuissante à donner une base théorique, visible et certaine. Nous n'avons pas épuisé par là la théorie des droits acquis en droit international privé. Nous avons montré comment on les établit, voyons maintenant de quelle façon ils disparaissent.

Aussi longtemps qu'il existe, un droit acquis doit être respecté, mais jusqu'à quel moment existera-t-il? Il est possible qu'un droit disparaisse parce qu'il a produit l'effet que l'on en attendait — c'est le cas d'une obligation éteinte par un paiement — ou par suite de la révélation d'une cause d'annulation ou de révocation qu'il portait en lui, comme il arrive quand un droit s'éteint par l'effet d'une action en nullité ou en révocation. En pareil cas, le droit acquis disparaît par l'effet de causes qui lui sont inhérentes, il n'y a plus de droit acquis, il n'y a plus de droit du tout et même, si l'extinction s'est produite avec un effet rétroactif, à certains égards les choses se passent comme si le droit n'avait jamais existé.

L'hypothèse qui nous intéresse surtout est un peu différente. Elle se présente lorsqu'un droit disparaît par l'effet d'une cause nouvelle, parce qu'un acte juridique a été conclu, qui a pour objet de modifier gravement les effets du premier. Nous dirons de cet acte nouveau ce que nous avons dit du précédent. Il engendre lui aussi un droit nouveau appelé à bénéficier d'un effet général et ce droit est soumis aux mêmes conditions que le premier; si lors

de sa naissance il n'a soulevé aucun conflit, il suffit qu'il réponde aux conditions légales existant dans le pays où il est né; dans le cas contraire, il faut que le conflit ait été résolu par l'observation des lois compétentes. A ces conditions, le nouveau droit est internationalement acquis et les transformations qu'il apporte au droit antérieurement existant doivent être reconnues dans tous les pays. Si donc il vient abolir le droit précédent, ce droit n'existe plus pour personne, s'il est venu le modifier, ce droit existe encore au point de vue international, mais sous la forme nouvelle qui lui a été donnée. La conséquence opposée n'est pas moins évidente. Si le droit nouvellement établi n'a pas été régulièrement acquis, il n'a pas d'effet au point de vue international et le droit antérieur continue à subsister seul comme si aucun fait nouveau ne s'était passé.

Ces principes formulent la réaction que peuvent opérer les uns sur les autres plusieurs droits successivement acquis. Ils abondent eux aussi en conséquences intéressantes et fournissent, à notre avis, la solution claire et certaine de questions réputées pour leur extrême difficulté. Tout d'abord on aperçoit sans peine leur influence dans la matière de l'extinction des obligations, lorsque cette extinction est indirecte et résulte d'un fait juridique nouveau, par exemple d'un paiement avec subrogation, d'une novation, d'une compensation. La question de l'extinction de la première obligation se confond avec celle de la validité internationale de la seconde. Que l'on ne cherche donc pas dans l'obligation la plus ancienne des motifs de valider ou d'invalider l'acte postérieur. On raisonnerait à faux. Cette obligation existe en vertu de l'effet qui s'attache aux actes régulièrement acquis, il va de soi que ce même effet peut aboutir à anéantir le lien obligatoire qu'il avait fait reconnaître. C'est le cas d'appliquer au droit international la vieille maxime romaine sur l'identité des causes de formation et d'extinction des obligations.

313) Mais ces idées appellent d'autres questions plus

pratiques de beaucoup et plus intéressantes pour nous. C'est d'abord la question si débattue du régime international des titres au porteur perdus ou volés [1]. Les titres au porteur sont des meubles incorporels qui, au point de vue des actes de transmission dont ils peuvent être l'objet, sont assimilables aux meubles corporels, parce que la possession de la créance dont ils sont le signe est liée à la possession du titre qui la représente. Voyons d'abord quelles sont les règles à suivre en matière de propriété de meubles corporels. L'embarras est ici causé par la diversité des législations. Les unes, comme la nôtre, appliquent la maxime : En fait de meubles possession vaut titre, d'autres demeurées conformes à la tradition romaine ont une prescription acquisitive en matière mobilière. Lorsqu'un meuble aliéné *a non domino* se trouve revendiqué, quelle loi déterminera l'effet de la transmission dont il a été l'objet? Les avis diffèrent beaucoup sur ce point, les uns adoptant la loi du for, d'autres celle de la situation réelle du meuble, quelques-uns même la loi personnelle du propriétaire. Ce grave dissentiment provient ici encore de ce que la question a été mal posée et que l'on a voulu rapporter aux conflits ce qui appartenait à l'effet des droits acquis.

La question de conflit est, comme nous l'avons dit plus haut, très simple. Il est incontestable que les lois sur la transmission de la propriété mobilière sont des lois d'ordre public applicables sans distinction aux étrangers et aux nationaux sur le territoire où elles sont en vigueur. Lors donc qu'une transmission de meuble corporel *a non domino* est faite dans un pays, c'est exclusivement d'après la loi de ce pays que se jugera la question de savoir si l'acquéreur est ou n'est pas devenu propriétaire [2]. Mais le meuble peut ensuite être transporté dans un autre pays où la

[1] V. Buchère dans Cl. 1880, p. 260, et 1881, pp. 26 et suiv.; Wahl, *Titres au porteur*, t. II, pp. 340 et suiv.
[2] En ce sens, Reichsgericht, 6 octobre 1897, Cl. 98, p. 378.

question de propriété vient alors à se poser. Ce changement est-il de nature à exercer quelque influence sur la question de propriété ? La nouvelle question soulevée par cette circonstance concerne l'effet du droit acquis à l'étranger. Il suffit de l'apercevoir, car elle est aussi simple que la précédente. L'aliénation du meuble a, dès le moment où elle a été accomplie, fait naître un droit acquis au profit de l'acquéreur, droit plus ou moins complet, plus ou moins étendu suivant la législation en vigueur au lieu de cette aliénation. Ce droit doit être reconnu et respecté à l'étranger tel que la loi compétente l'a constitué. Donc, que la question de propriété surgisse dans le pays où l'aliénation a eu lieu ou dans une autre contrée, le droit du possesseur demeure toujours tel qu'il résulte de la loi du lieu de l'aliénation. Il faudrait, pour qu'il en fût autrement, que cette question de propriété intéressât l'ordre public du pays où l'action en revendication est intentée, supposition absolument irréalisable, car une aliénation ne concerne jamais que l'ordre public du pays où elle s'accomplit.

Tels sont les principes dont nous allons faire l'application aux titres au porteur perdus ou volés. On sait que la loi du 15 juin 1872 a sur ce point deux ordres de dispositions : les unes tendent à la reconstitution du titre et au paiement des arrérages au profit du propriétaire dépouillé par la perte ou par le vol ; les autres, dérogeant à l'art. 2279, autorisent la revendication du titre nonobstant toute transmission postérieure à la dénonciation de la perte ou du vol par le moyen du bulletin des oppositions. Ce sont ces dernières dispositions qui intéressent surtout le commerce international et ont fait naître les plus graves difficultés.

314) Nous avons déterminé antérieurement la portée de la loi du 15 juin 1872 au point de vue des conflits qu'elle fait naître, considérons maintenant l'application à la matière du principe du respect dû aux droits acquis. Si une aliénation de titres perdus ou volés, français ou étrangers, a lieu en France, elle ne rendra pas l'acquéreur de

bonne foi propriétaire : la situation ainsi constituée représente un droit régulièrement acquis, et si, plus tard, une contestation s'élève à l'étranger entre le propriétaire et ce possesseur, le propriétaire pourra exiger la restitution de son titre en vertu du respect que mérite un droit régulièrement acquis. Il importe peu que la *lex fori* admette ou n'admette pas le principe de notre loi de 1872. Ce n'est pas cette loi qui régit les conséquences de l'aliénation, mais bien celle du lieu où elle s'est produite.

Supposons maintenant que le titre perdu ou volé soit l'objet d'une aliénation à l'étranger et sous l'empire d'une législation qui soumet les titres perdus ou volés aux mêmes règles que tous les autres. Cette aliénation aura-t-elle fait acquérir la propriété au possesseur de bonne foi ? Nos tribunaux ont une tendance à répondre négativement à cette question et à appliquer notre loi de 1872 même aux aliénations ayant eu lieu à l'étranger, au moins lorsqu'il s'agit de titres français. Si louable qu'elle puisse paraître, cette tendance n'en est pas moins directement contraire aux principes certains du droit international. La même règle de compétence qui autorise le législateur français à méconnaître l'effet translatif d'une remise effectuée sur son territoire, autorise également et par la même raison un État étranger à concéder chez lui un effet translatif à cette même tradition[1]. Ces deux décisions, contraires l'une à l'autre, sont l'expression d'une même compétence, compétence internationalement reconnue et qui doit, par conséquent, produire des effets internationaux.

Qu'il s'agisse d'un titre français et que la perte ou le vol aient eu lieu en France, cela importe peu. Le juge fran-

[1] Il faudrait, pour en décider autrement, prétendre que la circonstance de la perte ou du vol suffirait à affecter le titre d'une sorte d'inaliénabilité permanente qui le suivrait en tout lieu. Mais cela même conduirait à donner compétence à la loi du lieu où la perte est survenue, où le vol a été commis, toutes circonstances inconnues des tiers acquéreurs ultérieurs. Où serait alors la garantie de ces tiers ? En outre, comment peut-on justifier que la loi française détermine les effets d'une aliénation à l'égard des tiers, lorsque cette aliénation a eu lieu à l'étranger ?

çais doit donner à l'aliénation l'effet qui lui est attaché suivant la loi du pays où elle s'est produite. Il arrive fréquemment que le titre ait été l'objet de toute une série d'aliénations entre l'époque où il a été volé et celle où on le retrouve dans les mains d'un tiers possesseur. Il suffit qu'une seule de ces aliénations ait eu pour résultat, d'après la loi territoriale compétente, de rendre l'acquéreur propriétaire, pour condamner à un échec certain l'action du propriétaire dépossédé. Ces principes sont loin, sans doute, de donner une garantie complète au propriétaire dépossédé, mais seuls ils peuvent jouir d'une autorité internationale certaine, parce qu'ils résultent de principes premiers non contestés. Pour obtenir un résultat plus complet, une entente formelle serait nécessaire qui aurait le double objet de procurer aux oppositions une publicité internationale et de garantir par le moyen d'une législation uniforme les droits du propriétaire de titres. Cette entente ne serait peut-être pas très difficile à réaliser.

315) Il reste une dernière conséquence à tirer de notre principe. Un droit régulièrement acquis au point de vue international doit être respecté aussi longtemps qu'il n'a pas été remplacé par un autre droit régulièrement acquis au point de vue international : il subsiste donc, même au cas où un rapport plus nouvellement formé tend à le paralyser, si ce dernier ne présente pas les caractères auxquels on reconnaît les droits régulièrement acquis. Étant donné, en effet, que l'action internationale d'un rapport de droit est liée à certaines conditions, il est d'évidence que les mêmes conditions doivent être remplies par tout acte ayant pour objet de modifier ce rapport de droit. Cette déduction de nos principes présente ceci de particulier qu'elle permet de résoudre certaines questions qui étaient jusqu'ici considérées comme insolubles. Nous pouvons donner au moins deux exemples à l'appui de notre affirmation.

Une question très pratique est celle de savoir si un époux

peut divorcer alors que son conjoint ne le peut pas. L'hypothèse est connue. Deux époux sont mariés sous l'empire d'une législation qui ne permet pas le divorce. L'un d'eux se fait naturaliser dans un pays où le divorce est permis, alors que l'autre demeure engagé dans les liens de leur nationalité ancienne. Le conjoint naturalisé pourra-t-il user du droit au divorce que lui confère sa nouvelle législation? Cela semble assez naturel, mais on réfléchit de suite qu'il y a quelque chose d'anormal et de contradictoire à cette dissolution du mariage qui ne produit et ne peut produire effet que par rapport à l'un des conjoints. Si l'on entreprend de résoudre cette question de droit par ces raisons d'équité ou de convenance qui font trop souvent la loi en droit international privé, on ne sait vraiment que répondre. Notre jurisprudence, après avoir repoussé les divorces demandés dans de semblables hypothèses, tend aujourd'hui à les admettre[1], au moins lorsque la naturalisation n'est pas entachée de fraude; elle n'a jamais donné de bonnes raisons de l'un ni de l'autre de ces deux partis.

Examinée à la lumière de nos principes, cette même question se prête, au contraire, à une solution rationnelle. Il y avait dans l'hypothèse un rapport de droit régulièrement établi, l'état de mariage, il n'y a qu'à se demander si le divorce de l'époux naturalisé est susceptible de constituer un nouveau droit régulièrement acquis remplaçant le premier. Ici la négative s'impose. Un État tiers désintéressé dans la question ne peut pas, en effet, reconnaître qu'un mariage existe par rapport à l'un des conjoints sans exister par rapport à l'autre, il ne peut donc pas reconnaître ce divorce unilatéral autorisé par le statut personnel de l'un des conjoints, défendu par le statut personnel de l'autre, qui aurait fatalement cette conséquence. Un tel divorce n'engendre donc pas un droit régulièrement acquis, il ne peut pas dissoudre le mariage régulièrement établi qui

[1] En ce sens, Trib. de la Seine, 3 juillet 1896, Cl. 96, p. 848; contrà Narbonne, 21 décembre 1898, Cl. 99, p. 350.

l'a précédé. Par conséquent ce divorce doit être refusé. Et nous remarquerons qu'il doit être repoussé même par les tribunaux de l'État auquel le demandeur appartient. Cet État, comme les autres, a le devoir de respecter les droits internationalement acquis ; il ne lui appartient pas de les mettre en échec en se prêtant à un acte fatalement destitué de validité internationale [1].

316) Un autre exemple peut être emprunté à la matière redoutable des conflits de nationalité. Certains pays n'admettent pas que l'on puisse dépouiller leur nationalité et cela n'empêche naturellement pas d'autres pays de recevoir chez eux, à titre de naturalisés, les sujets du premier. Un Russe, par exemple, se fait naturaliser Français. Cet individu sera considéré comme Russe en Russie et comme Français en France. Cela va de soi, car ces matières sont d'ordre public et lorsqu'il s'agit d'ordre public l'indépendance de l'État est la règle [2]. Mais à quelle nationalité sera-t-il reconnu dans un tiers pays, en Italie par exemple ? Les juges italiens n'ont aucun titre à se porter arbitres entre la loi russe et la loi française, ils n'ont aucun intérêt et partant aucun droit à appliquer leur propre système à une affaire qui ne concerne en aucune façon la nationalité italienne, quelle solution donneront-ils ? On a imaginé pour

[1] La même solution s'imposera toutes les fois où un effet juridique dépend de la loi personnelle de chacun des intéressés, lorsque ceux-ci n'ont pas le même statut personnel. En supposant que l'effet de l'adoption dépende à la fois de la loi de l'adoptant et de celle de l'adopté et que ces deux lois soient contraires sur le point de savoir si celui-ci succède à celui-là, le droit de succession n'existera pas, faute d'un droit régulièrement acquis capable d'établir cette relation particulière entre deux personnes naturellement indépendantes l'une de l'autre. En dehors de la théorie des droits acquis, les questions de cette espèce sont complètement insolubles.

[2] Ce point particulier fait la différence de cette question à la précédente. Les lois sur la nationalité sont rigoureusement obligatoires, et en cette matière (comme dans toutes celles qui concernent directement l'ordre public) le point de vue national l'emporte sur le point de vue international.

eux des moyens divers de se tirer d'affaire, sans réussir à trancher véritablement cette question. Elle a cependant une solution qu'il faut aller chercher dans le principe du respect dû aux droits acquis. L'État tiers (l'État italien dans l'espèce), qui n'est gêné lui par aucune considération d'ordre public, jugera que l'ancienne nationalité constituait pour l'individu en question un droit acquis, que la nouvelle ne possède pas, au contraire, ce caractère, puisqu'elle n'a pas eu pour conséquence de libérer le sujet en question des liens de sa nationalité primitive. Il se prononcera donc pour cette dernière.

Notre méthode permet également d'écarter la situation anormale de l'heimathlosat, toutes les fois où l'heimathlos a eu une nationalité primitive qu'il a ensuite dépouillée sans en acquérir une nouvelle[1]. Cette nationalité primitive constituait pour cet homme un droit internationalement acquis que son abdication n'a pas pu faire disparaître, puisqu'elle ne lui a pas conféré une qualité nouvelle capable de remplacer la précédente au point de vue international[2].

317) Ces exemples montrent que nos principes permet-

[1] Ainsi le Tribunal de la Seine a décidé (21 mai 1897, Cl. 98, p. 135) qu'une femme dont le mari n'a pas de nationalité déterminée doit être censée avoir conservé sa nationalité antérieure au mariage.

[2] Cette dernière application suppose que l'on ne peut pas admettre, au point de vue international, qu'un homme soit sans nationalité. Il semble que ce point de départ puisse être accepté, étant donné le rôle essentiel joué par la nationalité dans l'application internationale des lois privées. Ce point étant admis, le principe exposé au texte fournira la solution de plusieurs autres conflits semblables. En voici encore un exemple. Les lois civiles de chaque pays, par un empressement naturel mais assez mal entendu, sont plus favorables à l'acquisition de la nationalité de ce pays qu'à son abdication. Il arrivera ainsi, par exemple, qu'un Italien devenu Français n'aura pas perdu pour l'Italie la nationalité italienne. Français en France, Italien en Italie, que sera-t-il pour les États tiers ? Il sera demeuré Italien faute d'avoir opéré complètement, et même par rapport à sa patrie d'origine, son changement de nationalité. De même, dans le cas où à la suite d'un traité d'annexion des lois rendues dans les deux pays intéressés donnent à certains des annexés une nationalité différente, ceux-ci devront être réputés, au regard des États tiers, avoir gardé leur nationalité primitive.

tent de faire disparaître certaines des difficultés les plus épineuses du droit international. Nous n'allons pas jusqu'à dire qu'ils les font disparaître toutes. Certaines questions subsistent auxquelles nous n'apercevons aucune solution scientifique : tel est, par exemple, le conflit entre le *jus soli* et le *jus sanguinis* dans la détermination de la nationalité d'un enfant qui vient de naître.

Il n'est pas nécessaire de pousser plus loin ces investigations touchant l'effet international des droits régulièrement acquis. Nous avons exposé le principe et ses principales conséquences. Cela suffit. Il tombe du reste sous le sens que tous les actes juridiques régulièrement passés donnent naissance à des droits acquis appelés à bénéficier d'un respect universel. D'autre part il serait impossible d'énumérer tous les cas dans lesquels l'effet de ce principe peut se trouver paralysé par les exigences de l'ordre public.

Il convient de rappeler, en terminant sur ce point, que si la théorie des droits acquis apporte au droit international un complément indispensable en fournissant la solution de questions qui ne mettent point en jeu de véritables conflits de lois et sont cependant du domaine du droit international privé, elle ne peut, en aucune façon, suppléer à la théorie des conflits de lois. Les questions auxquelles répondent ces deux branches de la doctrine sont entièrement différentes. A la théorie des conflits de lois appartient la tâche de déterminer à quelles lois sont soumis les rapports de droit présentant quelque élément international. C'est elle qui énonce les conditions de validité de ces rapports. La théorie des droits acquis correspond, comme nous l'observions au début de cet ouvrage, à un autre moment dans l'existence du droit. Elle suppose un acte valable et se demande jusqu'à quel point il est assuré de ses effets en pays étranger. Les domaines de ces deux théories sont différents et c'est courir au-devant de l'obscurité et de l'erreur que de les confondre.

Mais, quelles que soient ces différences, il reste vrai que c'est un principe supérieur commun qui nous a conduit à

leur solution. Le respect que se doivent mutuellement les États nous a fourni la grande règle de solution des conflits qui consiste à donner à la loi l'effet le plus conforme à ce principe supérieur de respect ; la même idée nous a permis de fonder sur un principe rationnel incontestable l'effet international des droits acquis. On se rappelle qu'elle n'avait pas été étrangère non plus à la détermination scientifique de la condition des étrangers. Ainsi s'affirme la parenté des diverses questions que comprend notre science; nous avons vu que leur nature est semblable, parce que toutes elles mettent en jeu des questions de souveraineté, nous voyons que leur solution exige également des procédés semblables et ne peut, en dernière analyse, être obtenue que de l'étude des rapports des États entre eux. Cette seule constatation peut être invoquée comme un argument très fort en faveur de notre doctrine.

---

318) Nous avons ainsi achevé l'étude des diverses questions qui constituent le domaine propre du droit international privé, cherchant à les bien distinguer les unes des autres, à déterminer exactement leur nature et à leur donner des solutions vraiment internationales, c'est-à-dire obligatoires pour tous les États compris dans la communauté internationale. Nos lecteurs auront observé que, si nos idées aboutissent parfois à donner des solutions nouvelles à des questions anciennes, cela n'arrive que fort rarement ; maintes fois elles ne tendent qu'à fournir des réponses plus certaines à des interrogations faites depuis longtemps ou, plus souvent encore, tout simplement à donner des justifications plus profondes à des principes reconnus et appliqués par tous. Tel était, en effet, le but de notre œuvre : jeter un peu plus de lumière sur une science demeurée très obscure en dépit des efforts incroyables dépensés pour la constituer en discipline raisonnable et raisonnée. Si modeste que soit ce résultat, nous ne regretterons pas, si nous l'avons atteint, les années passées

à la recherche d'une bonne solution des problèmes du droit international privé.

Nous parlons d'une bonne solution. L'expression n'est-elle pas déjà trop ambitieuse et les recherches par nous poursuivies n'ont-elles pas montré une fois de plus l'imperfection nécessaire de notre science. Combiner diverses lois, régler leurs prétentions respectives, fixer la limite où s'arrêtera l'empire de l'une et où commencera l'empire de l'autre, cela n'est pas toujours possible et cela n'est possible, même dans les cas les plus favorables, qu'à la condition d'énerver l'action de la loi en la dépouillant de certains de ses effets. Il faudrait, pour arriver à des résultats plus parfaits, s'attaquer à la diversité des législations elles-mêmes et courber la communauté internationale tout entière sous l'empire d'une loi unique qui ne paraîtrait bientôt plus à tous qu'une servitude commune. Ainsi s'accuse, dans notre domaine, l'imperfection radicale et nécessaire de la science, de cette science que proclament seuls toute-puissante ceux qui ne la connaissent que de très loin.

Plus de dix années se sont écoulées depuis que les premiers linéaments de notre théorie ont paru dans le *Journal du droit international privé*. Bien souvent, au cours de ce long espace de temps, nous avons fait retour sur nos doctrines, les soumettant toujours et toujours à de nouvelles épreuves. L'effet de cette élaboration constante a été sur certains points de modifier nos idées, sur d'autres de les compléter, mais, en général, de les affermir de plus en plus dans notre esprit. Il ne nous a pas paru, en effet, que les productions les plus récentes aient rien apporté qui pût nous faire douter de la solidité des bases de nos spéculations, rien qui ait démontré l'inanité de nos raisonnements. Un auteur est, à cet égard, un mauvais juge, un professeur est peut-être un juge meilleur et, je l'avouerai en terminant, c'est surtout l'effet que ces doctrines nouvelles ont produit sur mes élèves qui m'autorise à les présenter, avec une certaine confiance, à l'appréciation du public savant.

TABLE DES MATIÈRES

PREMIÈRE PARTIE

Notions générales

CHAPITRE PREMIER

INTRODUCTION

CHAPITRE II

OBJET DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

CHAPITRE III

BASE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

CHAPITRE IV

MÉTHODE ET SOURCES

CHAPITRE V

DE LA LOI INTERNATIONALE

DEUXIÈME PARTIE

De la condition des étrangers

CHAPITRE VI

LES ÉTRANGERS EN DROIT INTERNATIONAL

CHAPITRE VII

LES ÉTRANGERS EN DROIT FRANÇAIS

TROISIÈME PARTIE

De la solution des conflits de lois

CHAPITRE VIII

DE LA NATURE DES LOIS ENVISAGÉES AU POINT DE VUE INTERNATIONAL

CHAPITRE IX

RECHERCHE D'UNE LOI GÉNÉRALE DE SOLUTION DES CONFLITS

CHAPITRE X

CLASSIFICATION DES LOIS SUIVANT LEUR BUT SOCIAL

CHAPITRE XI

DE LA DÉTERMINATION DU STATUT PERSONNEL

CHAPITRE XII

DU DOMAINE DU STATUT PERSONNEL

CHAPITRE XIII

LES LOIS D'ORDRE PUBLIC

CHAPITRE XIV

DE LA TERRITORIALITÉ DES LOIS D'ORDRE PUBLIC

CHAPITRE XV

LE PRINCIPE D'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

CHAPITRE XVI

DES LOIS SUR LA FORME DES ACTES

QUATRIÈME PARTIE

Les droits acquis au point de vue international

CHAPITRE XVII

THÉORIE DES DROITS ACQUIS

CHAPITRE XVIII

PRINCIPALES APPLICATIONS DE LA THÉORIE DES DROITS ACQUIS

Grenoble, imprimerie ALLIER FRÈRES
26, cours de Saint-André, 26

CHAPITRE XVI

DES LOIS SUR LA FORME DES ACTES

QUATRIÈME PARTIE

Les droits acquis au point de vue international

CHAPITRE XVII

THÉORIE DES DROITS ACQUIS